

nº 59

Tercer Trimestre. Año 2016



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

El nuevo artículo 1.2 del real decreto 8/2004 conforme a la modificación operada tras la ley 35/2015. La quiebra del sistema de imputación de responsabilidad civil

La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil

Responsabilidad por incumplimiento de contrato de alarma de seguridad. ¿Puede aplicarse la doctrina de la pérdida de oportunidad?



nº59

Tercer Trimestre. Año 2016



REVISTA DE LA
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA
DE ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 59

EDITORIAL

Málaga ciudad abierta al mar y al mundo

Por **Javier López y García de la Serrana**..... 5

DOCTRINA

- El nuevo artículo 1.2 del real decreto 8/2004 conforme a la modificación operada tras la aprobación de la ley 35/2015. La quiebra del sistema de imputación de responsabilidad civil.

Fernando Talens Aguiló..... 9

- La acción *wrongful birth* dentro de la responsabilidad civil.

Esther Marina Soria Pérez..... 27

- Responsabilidad por incumplimiento de contrato de alarma de seguridad. ¿Puede aplicarse la doctrina de la pérdida de oportunidad?.

Fernando Gómez Hervás..... 43

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 1 de julio de 2016.
RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL: Negligencia en la prestación de servicios jurídicos. Asesoramiento para aceptar un inmueble como dación en pago que resulta estar gravado con dos embargos. Ejercicio colectivo de la abogacía. Reparación in natura..... 65

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 1 de julio 2016.
RESPONSABILIDAD CIVIL DE CONSTRUCCIÓN: Confusión entre plazo legal de garantía y el plazo de prescripción previstos en la LOE, en un supuesto de daños continuados. 71

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 15 de julio de 2016.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Accidente con resultado de coma vegetativo. Se desestima la reclamación de daño moral de la madre del lesionado al estar excluida en el seguro voluntario. Se desestima la petición de renta vitalicia al haberse sometido el reclamante en su petición a la Ley 10/1995..... 77

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 14 de julio de 2016.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Se libera a la aseguradora del interés del artículo 20 de la LCS en el procedimiento civil, cuando hubiera recaído sentencia absolutoria en el ámbito penal. 85

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 14 de septiembre de 2016.
RESPONSABILIDAD CIVIL: La determinación de la indemnización por incapacidad permanente mediante un porcentaje sobre el capital garantizado, expresado en una tabla contenida en las condiciones generales, en contradicción con la cantidad recogida en las condiciones particulares como importe de la indemnización por tal concepto, supone una cláusula limitativa. 97

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 30 de septiembre de 2016.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Vulneración del derecho al honor por parte de un médico psiquiatra al manifestar en un informe que el demandante padecía una enfermedad psicológica. 107

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por **Jose María Hernández - Carrillo Fuentes.** 113

ENTREVISTA A...

Fernando Pantaleón Prieto

Por **Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán** 121

NOTICIAS

Actividades de Interés 123

EDITA:

Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro
C/Trajano, 8, Esc. 1ª - 1ºC · 18002 Granada · Tel.: 902 361 350
C.I.F.: G-18585240

DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

SUBDIRECTORA:

Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán

COORDINADORA DE CONTENIDOS:

Carmen Reyes Vargas

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Mariano Medina Crespo (Presidente), Andrés Cid Luque (Vicepresidente), Javier López y García de la Serrana (Secretario General), José María Hernández-Carrillo Fuentes (Secretario de Actas-Tesorero), Andrés López Jiménez, Fernando Estrella Ruiz, José Félix Gullón Vara, María Fernanda Vidal Pérez, José Manuel Villar Calabuig, Luis A. Orriols Martínez, Carmelo Cascón Merino, Diego Elum Macias, Víctor Martín Álvarez, Ubaldo González Garrote, Samuel Pérez del Camino Merino, Guillermo Muzas Rota, Celestino Barros Pena, Pedro Méndez González, Pedro Torrecillas Jiménez, José Luis Nava Meana, Susana Sucunza Toticagüena, Luis Julio Cano Herrera y José Antonio Badillo Arias.

MIEMBROS DE HONOR DE LA ASOCIACIÓN:

Mariano Yzquierdo Tolsada, Miquel Martín Casals, Fernando Pantaleón Prieto, Jesús Fernández Entralgo, Eugenio Llamas Pombo, Ricardo de Ángel Yágüez, José Manuel de Paúl Velasco, Fernando Reglero Campos (), Miguel Pasquau Liaño, Juan Antonio Xiol Ríos, José Manuel López García de la Serrana y Antonio Salas Carceller.*

GRAN MEDALLA DE ORO DE LA ASOCIACIÓN:

Juan Antonio Xiol Ríos, Mariano Medina Crespo y Javier López García de la Serrana

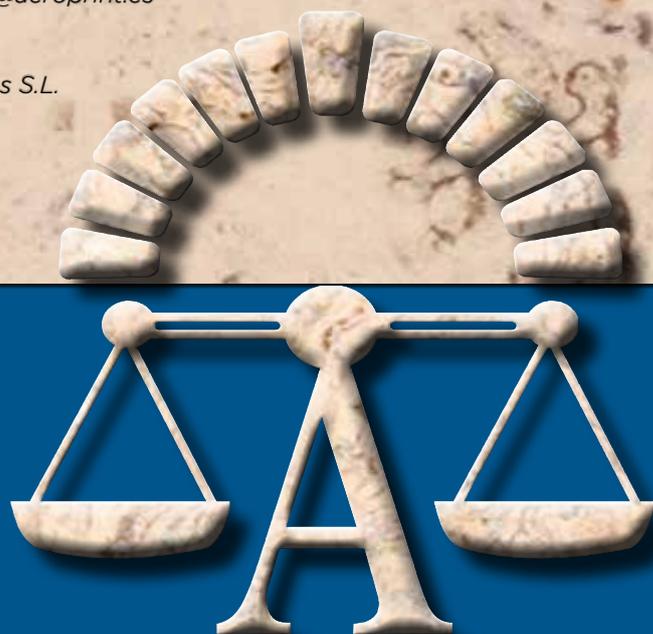
DISEÑO:

*Aeroprint Producciones S.L.
Tlf. 958 292 739 • info@aeroprint.es*

IMPRIME:

*Aeroprint Producciones S.L.
www.aeroprint.es*

**D.L. GR-1228/02
ISSN 1887-7001**



asociacionabogadosrcs.org

Málaga ciudad abierta al mar y al mundo

por **Javier López y García de la Serrana**
Director

propias consagradas en las tablas de bronce que contienen la Lex Flavia Malacitana halladas en 1851 y que son el primer descubrimiento mundial de leyes municipales romanas. La ciudad era puerto, pero también era camino, pues las vías romanas la comunicaban con las principales ciudades y así también con el Imperio todo. Aquella “Malaca” romana sin embargo no ha mostrado todos sus secretos, como una dama misteriosa y celosa de sus encantos nos ha dejado ver alguna perla escondida como el teatro romano, descubierto a principios de los años cincuenta del pasado siglo a los pies de la alcazaba, obra del siglo I d.C. durante el gobierno del emperador Octavio Augusto.

Nuestro Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro cumple su décimo sexta edición, celebrándolo en la extraordinaria ciudad de Málaga. Muchos autores han derramado literatura en prosa o en verso sobre Málaga y de este constante canto, se ha ido tejiendo la ciudad su vestido para envolver con él su rica historia, teniendo como hilo conductor siempre el mar y el carácter abierto de sus gentes.

No es una sino varias, las ciudades que atesora Málaga en su seno, desde aquella fundación fenicia “Malaka” dedicada quizás a algún dios púnico como factoría comercial, en la que ya es importante su puerto, como atestiguan los restos encontrados, que nos hablan de influencias fenicias y griegas, de barcos que surcaban las aguas desde el Mediterráneo oriental, donde la ciudad era ya un puesto comercial de intercambio de bienes pero también de culturas.

Esta será la misma senda que sigue la dominación cartaginesa de la que es heredera la “Malaca” romana, ciudad que obtuvo merecidos derechos como municipio romano, con leyes

El teatro como la ciudad vivieron su auge y decadencia, que fue la de Roma y en el pulso de la historia siempre vivo la ciudad renace, esta vez como “Malaqa” durante el periodo de dominación árabe. Otra vez el mar y las influencias de una nueva cultura reinterpretan la ciudad, que es distinta y siempre la misma, el teatro romano sirve de cantera a la alcazaba, las nuevas murallas arrancan sobre las fenicias, púnicas y romanas, el puerto vuelve a ser el enclave primordial y ahí está la Puerta de las Atarazanas, la puerta de la ciudad abierta siempre al mar, al comercio y a la influencia cultural.

Todos los vientos del intercambio económico-comercial y del saber de oriente arribaban a aquella famosa “Malaqa” que florecía en el vergel de Al-andalus como uno de sus puertos más activos y después en el más particular jardín del Reino de Granada. La Málaga nazarí era su más importante puerto, guardada siempre por la alcazaba y la poderosa fortaleza de Gibralfaro, desde cuyas torres se veía a los barcos cruzando incesantes el estrecho con todas las mercaderías que se producían como cereal,

lana, laca, frutos secos, cueros, pieles y entre las que sobresalían los primorosos tejidos de seda del Reino Nazarí.

Pero no solo era el mar el camino del comercio y del intercambio cultural, el mar traía consigo sus peligros y al final aquella “Malaqa” atenazada por tierra y mar fue conquistada por la Corona de Castilla. La cultura cristiana transforma este viejo solar y deja en la ciudad su Catedral de estilo renacentista y una vez más el puerto como incesante motor de la ciudad se hace y rehace, se crea y se destruye se amplía y se mejora, bajo la imperiosa urgencia de un comercio que ahora se extiende también a América.

Si de la necesidad se hace virtud, Málaga por la vía comercial favoreció la industrialización y el desarrollo económico liderado por empresarios como Larios, Heredia o Loring y se centra en el azúcar, el tabaco, en los cultivos vitícolas y crea los primeros altos hornos de España.

En todas estas etapas, en todas estas ciudades que atesora Málaga, el carácter abierto y emprendedor de sus gentes no ha dejado de brillar, la ciudad ahora como heredera de sí misma se mira en su pasado, lo recupera y se muestra al mundo como referente cultural, el Museo Picasso, el Museo Carmen Thyssen, El Centro Pompidou, la Colección del Museo Ruso, el Museo de Artes y Costumbres Populares, o el Centro de Arte Contemporáneo de Málaga son una muestra de su gran desarrollo en este campo. La ciudad ha recuperado su teatro romano y ha instituido unas Jornadas de Teatro Clásico, sin dejar por ello de mirar al presente con su Festival de cine de Málaga.

Y el puerto, siempre como motor que abre la ciudad para sí y al mundo una vez más se rehace y amplía, en un ambicioso proyecto en el que ayer como hoy Málaga no solo es puerto sino que es camino, con una estación terminal del AVE y su aeropuerto internacional desde el que afluyen gentes del mundo entero a esta Málaga internacional, que es nueva pero conocida, cercana y cosmopolita y que vive como siempre ha vivido abierta al mar y al mundo.

Por tanto, rodeados de mar y belleza, en la ciudad de Málaga celebramos este año nuestro XVI Congreso Nacional, donde presentaremos, como venimos haciendo todos los años, el libro con las correspondientes ponencias que se exponen a lo largo del mismo, comenzando por la elaborada por nuestra compañera, la abogada malagueña y gran especialista en la materia,



MARIA EUGENIA LARA GÓMEZ, quien en su ponencia “Reflexiones sobre la Responsabilidad Civil en el ámbito de la propiedad horizontal” analizará las distintas cuestiones de interés que se deben de tener en cuenta a la hora de ejercitar las acciones judiciales en materia de responsabilidad civil por parte de la Comunidad de Propietarios, partiendo para ello de la diferenciación entre los elementos privativos y comunes, para finalizar analizando las diferentes modalidades de aseguramiento y cómo se conjuga en la práctica la concurrencia de los distintos seguros suscritos por los propietarios y por la Comunidad, o entre ambos propietarios. Por último, analiza una cuestión de diversas controversias judiciales, como es la acción de subrogación entre la Comunidad y el Propietario.

A continuación contaremos con la ponencia de un gran colaborador con nuestra Asociación, **MIGUEL PASCUAU LIAÑO**, magistrado de la Sala Civil y Penal del TSJ de Andalucía y Catedrático de Derecho Civil, que presentará un nuevo enfoque de una materia en la que el ponente es un auténtico referente, como es la responsabilidad civil de productos defectuosos, esta vez bajo el título de “Daño corporal, daño personal, daño



moral a propósito de la extensión del daño resarcible en la responsabilidad causada por productos y servicios”. Se centrará su ponencia en analizar la distinción entre daños personales y morales a la hora de indemnizar los perjuicios ocasionados por productos y/o servicios defectuosos, así como realizar un estudio de la aparición de una novedosa línea jurisprudencial que está reconduciendo la cuestión hacia la diferenciación entre daños directos e indirectos.

La tercera ponencia vendrá de la mano de un gran conocido por los miembros de nuestra Asociación, **EUGENIO LLAMAS POMBO**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, quien ofrecerá su perspectiva sobre una cuestión que genera una importante litigiosidad en la práctica jurídica, como es “La reparación del daño continuado”. Esta ponencia supone un estudio exhaustivo del problema del “dies a quo” a la hora de computar el plazo de prescripción, -una de las cuestiones más controvertidas en estos supuestos-, así como un magnífico análisis de los fallos más relevantes que se cometen por los órganos jurisdiccionales en el tratamiento del denominado daño continuado, entre otros aspectos. Como cuarta ponencia

contaremos en esta ocasión con el trabajo escrito por tres grandes expertos en contabilidad y finanzas como son **RAFAEL MORENO RUIZ**, **OLGA GÓMEZ PÉREZ-CACHO** y **EDUARDO TRIGO MARTÍNEZ**, miembros titulares del Instituto de Actuarios Españoles, y profesores del Departamento de Finanzas y Contabilidad de la Universidad de Málaga, aunque en el congreso la exposición correrá a cargo de **RAFAEL MORENO RUIZ**, profesor titular de la Universidad de Málaga y vicepresidente del Instituto de Actuarios Españoles. Se ocupan de analizar una de las novedades introducidas por el nuevo Baremo que más inconvenientes está ocasionando a los profesionales del derecho, como es la indemnización del daño patrimonial a través de la ponencia “Indemnizaciones de perjuicios patrimoniales en el nuevo baremo. Valoración actuarial, tablas y excepciones a las mismas”. En este trabajo se recogen las claves no sólo para aplicar las tablas de perjuicios patrimoniales, sino también para conocer su origen y composición, de manera que permita tener un conocimiento completo de las mismas y saber cuándo no podemos aplicarlas directamente. Además resulta de gran interés por su carácter eminentemente práctico para comprender el alcance y cuantificación de la nueva regulación sobre los perjuicios patrimoniales.

Siguiendo con el análisis del nuevo Baremo este año contamos con la colaboración de un gran ponente como es **JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Castilla-La Mancha, quien analizará otras de las novedades introducidas por el nuevo Baremo en la ponencia “El perjuicio por pérdida de calidad de vida en secuelas”. Bajo este título comienza estudiando los principales aspectos de este nuevo concepto tanto en lesiones como en secuelas, para luego analizar cuestiones de gran relevancia práctica como son los grados del perjuicio de calidad de vida ocasionada por las secuelas. Por último, realiza un estudio sobre los supuestos en los que cabe indemnizar el perjuicio de calidad de vida en los casos de familiares de grandes lesiones, cuestión que merece gran interés.

Una de las ponencias más esperadas todos los años es la de **MARIANO MEDINA CRESPO**, abogado y doctor en derecho, presidente de nuestra Asociación, quien en esta ocasión nos realizará un estudio sobre las “Implicaciones del orden laboral en el nuevo Baremo de Tráfico”. Resulta de gran interés esta sexta ponencia por cuanto que analizará otra de las mejoras del nuevo Baremo, que consagra el funcionamiento coordinado entre el orden valorativo civil y el orden valorativo laboral, regulando aspectos como la

repercusión de la baja laboral en el perjuicio por pérdida de calidad de vida por lesiones temporales, la determinación del grado de incapacidad permanente laboral en la apreciación del perjuicio por calidad de vida ocasionado por las secuelas; así como la regulación del resarcimiento del lucro cesante causado por las lesiones (temporales y permanentes) y por la muerte, con la incorporación de la *compensatio lucri cum damno*.

La séptima ponencia del Congreso y por tanto de este manual, correrá a cargo de **PEDRO JOSÉ VELA TORRES**, magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y lleva por título "Condiciones generales en el contrato de seguro: cláusulas lesivas por desnaturalización del objeto". Se trata sin duda de un tema siempre de actualidad en el panorama jurídico, siendo necesario conocer cómo nuestra Jurisprudencia viene interpretando la diferencia entre ambos tipos de cláusulas en el contrato de seguro y cómo encontramos supuestos, no escasos, donde ante las limitaciones que imponen las pólizas contratadas frente al riesgo objeto de seguro, se llega a dejar sin contenido efectivo el propio riesgo asegurado. Estas últimas son las llamadas clausulas lesivas por desnaturalización del objeto que podemos encontrar en supuestos como el contrato de defensa jurídica que tanto nos afecta.

JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA, magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, se ocupará de defender su ponencia sobre "Cambios sustanciales durante la última década en la doctrina jurisprudencial de Responsabilidad Civil". Sin duda alguna se trata de un interesante trabajo con el que poder tomar conciencia de cuáles son los cambios más importantes en nuestra Jurisprudencia en los últimos años, los cuales inciden en nuestra labor diaria y nos obligan a enfocar la defensa de nuestros asuntos con atención a dichos cambios. Es una oportunidad de conocer dicha Jurisprudencia de mano de uno de los Magistrados de la Sala 1ª que más trabajan sus Sentencias y que mejor nos puede explicar la trascendencia y efectos prácticos de los cambios realizados.

Por último, el congreso terminará con la intervención de **FERNANDO PANTALEÓN PRIETO**, catedrático de Derecho Civil y ex magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, quien abordará otro tema de especial trascendencia como es "Los casos de Responsabilidad Civil más llamativos en la jurisprudencia de la Sala 1ª del presente año". Pero dada la imposibilidad de poder trasladarnos el texto de dicha ponencia, me he permitido -con objeto de que el libro de ponencias

que se entregará al comienzo del congreso no quede huérfano de la última de ellas- realizar un trabajo con el mismo título de la ponencia oral que impartirá el profesor Pantaleón, pues aunque lógicamente el contenido no será el mismo, si puede servir como telón de fondo dado que las sentencias que analizo en este trabajo coincidirán en su mayor medida con las que analizará el ponente en el congreso. Con este análisis intento que se conozcan un poco más en profundidad cuáles son los supuestos más relevantes en materia de responsabilidad civil y seguro tratados por la Jurisprudencia de la Sala 1ª de nuestro Tribunal Supremo durante lo que va de año. Temas como la valoración del daño moral fuera de lo previsto en el baremo para accidentes de circulación, las obligaciones del asegurado frente a la aseguradora en el deber de declaración del riesgo o la valoración de la indemnización por prótesis futuras en accidentes de circulación, que han suscitado el debate por la forma en la que los mismos han sido resueltos por nuestra reciente jurisprudencia.

Además de las ponencias reflejadas, tendrá lugar en el Congreso una importante mesa redonda -dada la oportunidad del tema elegido para la misma- que analizará las "Cuestiones procesales del nuevo Baremo", formando parte de la misma **JOSÉ LUIS LÓPEZ FUENTES**, presidente de la Audiencia Provincial de Granada, **HIPÓLITO HERNÁNDEZ BAREA**, presidente de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga y **MANUEL CABALLERO-BONALD CAMPUZANO**, magistrado de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Málaga. La materia elegida se trata sin duda de una de las que más polémica está suscitando tras la entrada en vigor del nuevo Baremo, teniendo como objetivo dicha mesa redonda el que se puedan lograr ciertos criterios de solución unánimes ante las nuevas cuestiones surgidas; y ello por cuanto aspectos como la preceptiva existencia de reclamación previa frente a la aseguradora responsable, como requisito de procedibilidad para la presentación de demandas en reclamación de daños causados en accidentes de circulación es un tema que preocupa a los agentes jurídicos que intervienen en esta materia y frente a la cual los Juzgados y Audiencias están respondiendo con distinto criterio.

Espero como siempre, pero este año más dadas las novedades legislativas producidas, que en este XVI Congreso Nacional de Málaga 2016 aprendamos conviviendo y compartiendo nuestras inquietudes y experiencias profesionales.

Octubre 2016

El nuevo artículo 1.2 del real decreto 8/2004 conforme a la modificación operada tras la aprobación de la ley 35/2015. La quiebra del sistema de imputación de responsabilidad civil

Fernando Talens Aguiló
Abogado

1. Previo. Antecedentes.

Pretende ser objeto del presente estudio el análisis del que, probablemente, desde mi personal punto de vista, sea la más sorprendente de las novedades contenidas en la nueva regulación del sistema de valoración para los daños personales y patrimoniales nacida de la promulgación de la Ley 35/15, de 22 de septiembre, de reforma del sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Y digo sorprendente no tanto por su contenido, sino por la quiebra que supone respecto de las regulaciones anteriores, de la dificultad que se ha venido observando a la inclusión de elementos distorsionadores respecto de lo que hasta ahora ha sido la estructura de conocimiento y aplicación de la responsabilidad civil automovilística. La evolución jurisprudencial ha exigido constantes y permanentes envites, destinados la inmensa mayoría a la desestima-

ción inercial. Da la impresión de que caminos por explorar que bajo la lupa de una lógica deberían determinar un resultado deseable, naufragan las más de las veces por el lastre de la jurisprudencia consolidada.

Aquello que de preciada tiene la seguridad jurídica que supone una jurisprudencia consolidada, constituye el correlato de un peso insuperable para avanzar en propósitos deseables. Me viene a la memoria la irresoluta discusión mantenida en el aprendizaje de los principios generales en lo que era (y espero que siga siendo) asignatura de filosofía del derecho. Se trata de discernir si la evolución social debe señalar el camino de la producción normativa para adecuarse a sus veleidades o si, por el contrario, debe ser la norma como correctora del comportamiento social la que debe conducir o marcar el paso de la respuesta social. Nunca he tenido clara la respuesta.

Podríamos decir que la jurisprudencia consolidada es nuestra zona de confort y constituye la argamasa sobre la que se construye la deseable seguridad jurídica que permite la operación jurídica con previsión y seguridad, ello en tanto queramos permanecer ciegos, ajenos a las demandas de evolución o avance.

Cierto es que tanto la legislación como la jurisprudencia han venido sufriendo una evolución, aunque siempre dulce y lenta, sin baches ni tramos abruptos. No pretendo en este punto trasladarme a los inicios de la legislación atinente a la responsabilidad civil derivada de la circulación automovilística, aunque sí reflejar la lógica cadena de normas que se han venido sucediendo bajo una misma o similar premisa, la de la atribución de responsabilidad civil culposa, luego cuasiobjetiva, hoy por riesgo. Desde La Ley 122/1962, de 24.12, se ha venido reconociendo el derecho de la víctima a ser indemnizado, si bien desde el prisma del reproche culpabilístico de la responsabilidad civil del agente productor del daño. Cierto es que esa primera norma y posterior Texto Refundido 63271968, de 21 de marzo, contemplaba la obligación de indemnizar salvo supuestos de culpa exclusiva o fuerza mayor extraña a la conducción, tanto daños materiales como daños personales. Es el decreto Ley de 22 de marzo de 1965 el que limita la obligación de pago en tales términos a los daños personales, postura que con matices se ha venido manteniendo en el decreto de 6 de mayo de 1.965, posterior Decreto 632/1968, de 21 de marzo, Texto refundido 264/1986, de 30 de diciembre, Real Decreto 7/2001, de 12 de Enero, Real

Decreto 8/2004, de 29 de Octubre y Texto refundido 21/2007, de 11 de Julio. Salvo mejor opinión o criterio, en todos ellos se hace visible un régimen de responsabilidad civil en el que el foco está en el agente que causa el daño, su conducta y las circunstancias exoneradoras que le puedan ser aplicadas. Pese al distinto régimen, tanto el resarcimiento de los daños personales como materiales ha exigido la previa determinación de responsabilidad civil en la conducta del agente generador del daño, que no culpa civil. El resarcimiento de daños personales sujeto a responsabilidad cuasiobjetiva y los materiales precisados de acreditación de culpa conforme a las reglas del 1.902 del Código Civil han exigido una mirada a la persona que ha generado el daño ¿Ha tenido intervención? ¿ha podido evitar el daño? ¿está la causa en un origen ajeno a su conducción?

2. El artículo 1.2 del rd 8/2004 conforme a la modificación operada por la ley 35/2015. exposición.

De la lectura de reforma operada en el RD 8/2004 POR la Ley 35/15 destaca, por quebrar la armonía o la uniformidad en los presupuestos que antes hemos apuntado, el tratamiento que a las víctimas no conductoras menores de catorce años o privadas de capacidad civil se realiza. Es obligado no sólo analizar su contenido, sus postulados, sus consecuencias, sus contradicciones, sino especial y específicamente su naturaleza jurídica, avanzando ya que finalizaremos concluyendo que se ha incardinado en un sistema de responsabilidad civil cuasiobjetivo un presupuesto que se erige como verdadero seguro de accidentes, entendido como “la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado (de la víctima), que produzca invalidez temporal o permanente o muerte” (artículo 100 de la Ley de Contrato de Seguro). Dentro de la regulación de un sistema de responsabilidad civil parece haber hallado hueco una excepción en forma de garantía de seguro de accidentes, sin culpa, sin responsabilidad, de carácter netamente objetivo.

Con independencia de las consecuencias prácticas que serán objeto de estudio, me llama poderosísimamente la atención el viraje que se ha efectuado en el foco de la determinación de la imputación o culpa civil, hasta tal punto que deja de tener importancia, deja de ser relevante la condición o la conducta de quien provoca el daño. Lejos queda el artículo 1902 del Código Civil, génesis de la que deri-



va gran parte del resto de la legislación especial en materia de responsabilidad civil. En el sistema anterior, si bien la responsabilidad se presume, se exige ésta como consecuencia del riesgo generado por la circulación de un vehículo a motor, cabe exoneración de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima o fuerza mayor extraña a la propia conducción, pero siempre teniendo como punto de partida la observancia de la conducta de quien ha generado el daño.

Donde inicialmente se ponía el acento (El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado) en el agente que causa el daño, estableciéndose a partir de ahí gran parte de doctrina y jurisprudencia en torno a la atribución de culpa civil, carece ahora de importancia alguna.

Centramos a partir de ahora en la nueva regulación del artículo 1.2 de la Ley 35/15 la atención en la víctima no conductora, en su edad o en su capacidad de obrar. Tal condición determinará en supuestos de lesión temporal o secuela el derecho a ser resarcido, sin que pueda examinarse bajo la lupa de la conducta

civilmente culpable. Olvidamos a partir de este momento para tales casos la conducta del agente generador del daño, olvidamos igualmente la conducta de la propia víctima y convertimos el supuesto en un verdadero seguro de accidentes. Hasta tal punto es objetiva la responsabilidad, que hemos llegado a ignorar motivos extraños a la conducta del conductor y de la víctima, que parecen ahora irrelevantes con la falta de pronunciamiento respecto de motivos de fuerza mayor extraña a la propia conducción.

Es obligado principiar con la transcripción de la norma y de aquello que supone, pues esta solución no viene, desde mi personal punto de vista, a resolver situaciones ínsitas en el propio sistema de valoración. Así, la norma excluye la posibilidad de examinar la conducta de la víctima cuando el resultado sea el daño personal en forma de lesiones temporales o secuelas. Sin embargo, adelanto ya que no queda para nada resuelta la posibilidad de que, tras un accidente por el que, tras un largo período de incapacidad temporal y secuelas consolidadas, el menor de 14 años no conductor tristemente fallece como consecuencia de las lesiones. Intentaré dar opinión que no respuesta.

Dispone el artículo 1.2 lo siguiente:

“Sin perjuicio de que pueda existir culpa exclusiva de la víctima de acuerdo con el apartado 1, cuando la víctima capaz de culpa civil sólo contribuya a la producción del daño se reducirán todas las indemnizaciones, incluidas las relativas a los gastos en que haya incurrido en los supuestos de muerte, secuelas y lesiones temporales, en atención a la culpa concurrente hasta un máximo del setenta y cinco por ciento. Se entiende que existe dicha contribución si la víctima, por falta de uso o uno inadecuado de cinturones, casco u otros elementos protectores, incumple la normativa de seguridad y provoca la agravación del daño.

En los supuestos de secuelas y lesiones temporales, la culpa exclusiva de la víctima o concurrente de víctimas no conductoras de vehículos a motor que sean menores de catorce años o que sufran un menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que les prive de capacidad de culpa civil, no suprime ni reduce la indemnización y se excluye la acción de los padres, tutores y demás personas físicas que, en su caso, deban responder por ellas legalmente. Tales reglas no procederán si el menor o alguna de las personas mencionadas han contribuido dolosamente a la producción del daño.

Nos enfrentamos a partir de esta redacción ante un escenario que, si en una primera lectura parece simple, anuncia próximas dificultades interpretativas y aplicativas.

El marco que se describe es sencillo. La norma consagra inicialmente la posibilidad de corregir el monto indemnizatorio a la víctima cuando esta haya contribuido con su actuación a la producción del daño, limitando la disminución que no la supresión al setenta y cinco por ciento.

Finalizamos este primer apartado con una primera conclusión, cual es la de que toda víctima que no sea no conductor menor de catorce años o carente de capacidad civil (declarada o no), debe responder de las consecuencias de su conducta concurrente, bien sea exonerando al agente dañoso por apreciarse culpa exclusiva, bien corrigiendo hasta un máximo del setenta y cinco por ciento la contribución culposa de la propia víctima en el detrimento en idéntica proporción de la indemnización que deba percibir.

3. Sujetos de la norma. menores de catorce años y personas privadas de culpa civil por sufrir menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico.

Esta larga pero entiendo necesaria introducción permite ya entrar en la consideración de aquello que pretendo desmenuzar. Vaya por delante la advertencia de que comparto plenamente la oportunidad de la novedad, comparto el carácter social de la norma, aplaudo que pueda darse solución a resultados lesivos que podrían quedar huérfanos de respuesta resarcitoria si se acudiese a criterios de valoración de culpa, valoro que hayan querido evitarse situaciones de desamparo, aunque esto no es lo que he venido entendiendo como un sistema resarcitorio de responsabilidad civil. Sentado lo anterior, debemos reconocer que la solución adoptada se aleja de los criterios que impregnan el resto de las situaciones. La uniformidad con



la que deben atacarse las situaciones que a partir de este momento se sucedan contrasta con la respuesta que la norma prevé para las víctimas no conductoras menores de 14 años o privadas de culpa civil.

4. Víctimas no conductoras menores de catorce años

Expuesto lo anterior, debemos entrar ya en consideraciones más concretas y examinar al margen de su bondad o de las motivaciones sociales que lo hayan alumbrado, la nueva regulación legal para los resultados dañosos cuyo sujeto pasivo sea una víctima no conductora menor de 14 años o privada de su capacidad de obrar. Mención aparte y específica merecerá la preterición de la circunstancia exoneradora de responsabilidad consistente en la fuerza mayor extraña a la conducción.

Una primera reflexión exige la elección de los tributarios de este régimen especial. ¿Por qué los menores de 14 años? ¿por qué sólo los menores de 14 años? ¿Por qué todos los menores de 14 años? ¿Por qué no los mayores de 80 años? ¿Por qué todas las personas privadas de capacidad civil? ¿Por qué no sólo aquellas privadas de capacidad civil por alguno de los motivos contenidos en el artículo 200 del Código Civil?

Mucha mayor dificultad comporta aceptar que el reconocido régimen especial o protector alcance a quienes estén privados de culpa civil. En este punto debo avanzar la convicción que tengo de que la norma va referida a quienes han sido privados de capacidad a través de un procedimiento judicial específico. Si distinguimos personalidad jurídica y capacidad de obrar como la doble facultad que tiene una persona de ser tributario de derechos y obligaciones o de generarlos, no me cabe duda de que estamos hablando de la segunda de ellas. Si la personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento (artículo 30 del Código Civil), la capacidad de obligarse por la cualidad del consentimiento prestado que reconoce el artículo 1.262 del mismo cuerpo legal no alcanza a los menores no emancipados y a quienes tienen modificada su capacidad por resolución judicial. Entiendo que a estos últimos viene referida la ley.

Por lo que hace a la figura del menor, desconozco absolutamente por qué se ha elegido la edad de catorce años como el fieltro a partir del cual la conducta de la víctima no conductora es relevante. Lo cierto es que la legislación española atiende de las más variopintas formas la condición del menor con arreglo a su edad, como nos recuerda la Doctora en Derecho Civil **DOÑA PILAR DOMINGUEZ MARTÍNEZ**, en su estudio sobre La Conducta de la Víctima y Culpa de la Víctima inimputable en los Accidentes de Tráfico y la Exoneración de Responsabilidad del Agente del Daño. Distinta es la respuesta para la imputación penal, para la exigencia de responsabilidad civil en el ámbito de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de la capacidad de obrar, de la adquisición de personalidad jurídica, de la promoción de la autonomía personal por la vía de la Ley 39/06, de 14 de diciembre y, cómo no, para la aplicación de corrección de su conducta en accidentes de circulación.

Casi al cierre de este trabajo recibo el ejemplar de la revista RC correspondiente al



mes de septiembre y leo la impecable publicación del catedrático **Sr. YZQUIERDO TOLSADA**, que recuerda esa misma idea, ordenando con su acostumbrada maestría las distintas situaciones en que puede enjuiciarse la actuación de un menor, dependiendo de en qué esfera de la jurisdicción o que ley especial resulte de aplicación. El Profesor **YZQUIERDO** ordena los cinco supuestos de responsabilidad, no del menor, sino de quienes deben o no responder por actos realizados por un menor. Así, el artículo 1.903 del Código Civil atribuye responsabilidad directa y objetiva los padres que se encuentren bajo su guarda; el mismo artículo 1903 del Código Civil consagra muy similar régimen para los tutores, no exigiendo convivencia; el artículo 118 del Código Penal recoge la responsabilidad civil del menor exento de responsabilidad penal con arreglo a su edad, que es directa y solidaria de los padres siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte; régimen similar al que contempla el artículo 120 del código penal para mayores de 18 años aunque sujetos a régimen de patria potestad o tutela; y, por último, la responsabilidad civil de un menor mayor de catorce años conforme al artículo 61 de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, 5/2000, de 12 de enero. Pese a que el profesor Yzquierdo centra su estudio fundamentalmente en la responsabilidad de padres o tutores por actos cometidos por menores y/o tutelados, ejemplifica los distintos y dispares regímenes de responsabilidad civil que a cada supuesto corresponde, previa la postulación a que “de lege ferenda” se apueste por la unificación en un solo régimen de responsabilidad.

Con seguridad habrá mediado intenso debate en la fijación de la edad de catorce años y no otra, estando plenamente motivada. Es probable que la edad haya sido tomada de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, dado que en ella se sitúa en catorce años la edad a partir de la que puede exigirse responsabilidad al menor. Ahora bien, si se toman conjuntamente las dos clases de víctimas que aparecen en el párrafo segundo del artículo 1.2, no parece existir identidad entre ambos. Si acudimos a las edades a partir de las cuales la legislación española atribuye capacidades especiales (emancipación, edad para contraer matrimonio, edad para trabajar, edad para conducir ciclomotores, etc.) no hallamos en ninguna de ellas que el legislador haya situado precisamente en los catorce años el momento en el que el menor, por si solo o bajo autorización paterna, es capaz de actuar.

En este punto, probablemente como provocación suficiente, transcribo parcialmente una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 1ª), Sentencia 186/2011 de 4 abril, para que podamos plantearnos si el resultado sería o debería ser el mismo a la luz de la modificación legal operada.

Los hechos enjuiciados se principian a partir del que una menor (14 años) Guillerma, conducía el vehículo Renault 4, que le había dejado el hijo del propietario, Ángel Jesús (mayor de edad) que viajaba a su lado, y en el asiento de atrás lo hacia Sonia (14 años). Guillerma carecía de permiso de conducir y con olvido de las normas de prudencia, y perdiendo el control del vehículo se salió de la vía y colisionó contra un ciprés, sufriendo tanto Ángel Jesús como Sonia lesiones de importancia. Se acuerda la apertura de la pieza separada de responsabilidad en procedimiento penal y ambos perjudicados presentan demanda, solicitando la declaración de responsabilidad civil directa y solidaria de la aseguradora del vehículo, ordenándose dar traslado a la menor Guillerma como responsable civil directa y contra sus padres como responsables civiles solidarios. Como hechos relevantes, tenemos las manifestaciones pronunciadas en la vista oral, por la menor demandada, Guillerma ; dijo que Ángel Jesús la obligó a conducir, que las llaves se las facilitó éste, aunque luego dijo que Ángel Jesús la invitó a conducir, y no llevaban puesto el cinturón de seguridad, y que también invitó Ángel Jesús a conducir a la otra menor. Esta que es Sonia , dijo que condujo el coche de Ángel Jesús porque estaba arrancado, y éste no se opuso a que cogieran el coche las dos. Por su parte Ángel Jesús, dijo que él no tenía carnet de conducir cuando ocurrieron los hechos, que cogió las llaves del coche de la mesa sin que lo supiera su padre, que salió sólo y luego se encontró con las chicas y se fueron a dar una vuelta, que salió la conversación y se pusieron de acuerdo los tres para coger el coche; que sabía que ninguna de las chicas tenía carnet de conducir, y ninguno llevaba el cinturón de seguridad cuando ocurren los hechos, aunque atrás no tenía el coche; que el iba de copiloto, y aunque no le pidió autorización a su padre, éste sabía que cogía el coche a Delimitados en la forma expuesta los términos de la controversia, y por lo que hace a sus aspectos jurídicos, no cabe duda de la gran imprudencia Ángel Jesús , que siendo mayor de edad, deja el coche a unas menores para que conduzcan, sin tener aptitud para ello; las cuales actuaron con irreflexión y ligereza, y por lo que aquí importa la demandante Sonia, se mantu-

vo en el mismo mientras conducía Guillerma, lo que denota una imprudencia aunque en menor grado; de ahí que en la indemnización de los daños causados en los demandantes, haya que estimar una reducción debido a la existencia de una concurrencia de compensación de culpas. Hay que tener en cuenta que la concurrencia de culpas se da siempre que con la indudable culpa del agente, haya coexistido o confluído la del ofendido o la de la víctima, contribuyendo concausalmente, y en mayor o menor medida a la producción de un mismo resultado lesivo, (sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 28 de mayo de 1.984 (RJ 1984, 3490), 18 de diciembre de 1.985 (RJ 1985, 6343) y 25 de octubre de 1988 (RJ 1988, 8097), señalando que puede influir en la calificación jurídica de los hechos, bien degradando la índole de la culpa en que incurrió el agente, bien moderando el "quantum" de la indemnización que procedería señalar o fijar de no haber convergido con la culpa del agente, la del sujeto pasivo, siendo esa moderación más o menos intensa con arreglo a la incidencia e influencia del comportamiento negligente del agente en la causación del daño, comparado con el quehacer o descuido del sujeto pasivo. En el caso presente la imprudencia con infracción del deber de cuidado de la denunciada y condenada Guillerma, está acreditada y no se discute; pero sin duda alguna si Ángel Jesús hubiese llevado puesto el cinturón de seguridad preceptivo del asiento del copiloto, habría evitado al mantenerlo fijado a su asiento algunas de las lesiones que sufrió y, en todo caso, habría reducido la gravedad de estas lesiones al menos en un 15%, al evitar el cinturón de seguridad el desplazamiento violento del cuerpo, pese a que las lesiones son todas en los miembros inferiores del cuerpo. Además sabiendo este de la falta de pericia de la menor en la conducción, ya que no posee permiso habilitante, al entregarle el coche para que condujere, su conducta al menos fue decisiva en un 75% en el accidente, por lo que en total hay que practicar una reducción en la indemnización que proceda del 90%. La chica del asiento trasero, Sonia, por ir detrás tenía algo más de seguridad en un accidente frontal, y si hubiera llevado cinturón de seguridad sus lesiones habrían sido evitables, pero el coche no llevaba cinturones de seguridad en los asientos traseros porque no eran exigibles; pese a ello también concurre una concurrencia de culpas estimada en un 50%, puesto que sabiendo que la menor no tenía permiso de conducir se arriesgó a subir en el coche y viajar con ella, de ahí de que la indemnización, se deba de reducir en un 50%.

Hay que tener en cuenta, que el medio para la adecuación de la cantidad indemnizatoria no es la compensación o concurrencia de culpas, sino la aplicación de la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado (RCL 1995, 3046) en la nueva regulación introducida en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (RCL 2004, 2310) y, concretamente, en el Anexo establecido como sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, Disposición Primera, núm. 7 al señalar que "son elementos correctores de disminución en todas las indemnizaciones la concurrencia de la propia víctima en la agravación de sus consecuencias". Establece el artículo 61-3 de la citada LORPM, que: "Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos." Lo que viene a consagrar una responsabilidad objetiva mediante la que se responde por un hecho ajeno, al establecer la norma directamente la responsabilidad solidaria de los progenitores, sin supeditarla a una negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones; que se dulcifica a continuación posibilitando su modulación; no existe una conducta dolosa o negligente grave de los padres que favoreciera la conducta de la menor, por tanto entendemos que se debe de moderar su responsabilidad, y la rebajamos en un 70% a los padres de Guillerma, al no acreditarse que ellos hayan favorecido con dolo o negligencia grave (términos que deben entenderse en el concepto civil) la conducta ilícita de su hija menor.

Tal como se indicó anteriormente, la contribución de Ángel Jesús al accidente y al resultado lesivo sobrevenido en su perjuicio, se estimó en un 90 %, por lo que se habrá de reducir en dicho porcentaje la cantidad exigible a la menor responsable del accidente Guillerma, a sus padres y a la Cia. Aseguradora, cuya responsabilidad directa se habrá de declarar por ser la aseguradora del vehículo causante del daño, todo ello conforme a los art. 116, 117 y 109 y ss. del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y concordantes de la LRCSCVM.

Respecto a Sonia, la igual o similar contribución de la propia víctima al accidente de tráfico y al resultado lesivo sobrevenido en su perjuicio se habrá de traducir en la subsi-

guiente aminoración de la responsabilidad civil que es exigible a la menor responsable del accidente Guillerma, a sus padres y a la Cía. aseguradora, cuya responsabilidad civil directa se habrá de declarar por ser la aseguradora del vehículo causante del daño; estimando justa una disminución del 50% sobre el total; Del pago de las expresadas sumas es responsable la demandada, Guillerma, sus padres Dimas y Candida del 30% de las mismas y la Cía Aseguradora, sin perjuicio del derecho de repetición que le asiste contra aquellos.

Probablemente a la finalización de este trabajo pueda el lector recalculas las consecuencias de este accidente y resituar aquello que debe percibir Sonia, aquello que debe pagar Guillerma, aquella parte que deben pagar los padres de Guillerma y, por supuesto, su aseguradora, a la luz de la nueva regulación.

Podríamos complicar algo la respuesta y pensar en un acaso distinto aunque en absoluto improbable, si hacemos uso de la “excepción a la excepción” que se advierte “in fine”, al anunciar que la contribución dolosa de la propia víctima destruye la capa protectora o de inmunidad. Pensemos en un menor de catorce años que, junto con unos amigos, roba un vehículo, siendo éste el autor. Deciden utilizar el vehículo, si bien conduciendo otro, carente de permiso de conducir, circunstancia esta última conocida por el autor del robo, que ocupa el asiento del copiloto, con tan mala fortuna que se produce un accidente como consecuencia del cual pierde la vida o resulta gravemente lesionado. La respuesta es compleja, pues el menor reúne la doble condición de acusado y víctima en un procedimiento penal del que debe determinarse a su favor responsabilidad civil conforme a la LORCM.

Retomando el hilo de la referencia al menor, con mejor redacción y claridad que la mía explica la doctora Dominguez que “en el régimen general de la responsabilidad civil del menor, cuando un menor es inimputable y por lo que se refiere al aspecto activo, la responsabilidad del daño recae en otras personas conforme al artículo 1903 del Código Civil. En el lado pasivo, es decir, cuando el menor sea víctima del daño a cuya producción haya contribuido de forma total o parcialmente a los efectos de exoneración de responsabilidad por el agente dañador y a la alegación como causa de oposición de la culpa de la víctima ha resultado controvertido el concepto “culpa del inimputable”, siendo más justificado valorar la relevancia de la actuación del menor en la causación

del daño que la relevancia de la culpa, es decir, considerar culpa como causa. Sea como fuere, debe decirse que en el régimen general de responsabilidad civil subjetiva consagrado en el Código Civil, la doctrina ha llegado a admitir la exoneración del agente del daño en los casos de una víctima inimputable haya buscado deliberadamente el daño o cuando el daño es imputable subjetivamente a un tercero sobre el que pesa el deber de vigilancia y control del inimputable.

En este punto resulta significativa la STS, Sala 1ª; 8 noviembre 1995 (RJ 1995, 8636) sobre accidente sufrido por menor, de cuatro años de edad al que se le amputa el brazo por máquina cosechadora autopropulsada. Se declara la responsabilidad del propietario sin que se pueda exonerar por culpa exclusiva de la víctima al declararse por el TS la inculpabilidad de menores sin capacidad de discernimiento. De este modo se dice que: “a los niños de cuatro años nunca se les puede declarar culpables de sus propios daños, y no lo ha hecho esta Sala. Sí que se han tenido en cuenta, en ocasiones, las conductas de menores ya capaces de discernir (véanse las sentencias dictadas en el recurso), y también de sus propios movimientos son, en ocasiones, los únicos de los que puede hablarse como causantes del daño, pero tampoco ese es el caso de autos, en el que la condena del recurrente es tras declarar probada su conducta omisiva, que calificada de liviana imprudencia, es suficiente para entender que la Sala de instancia condenara

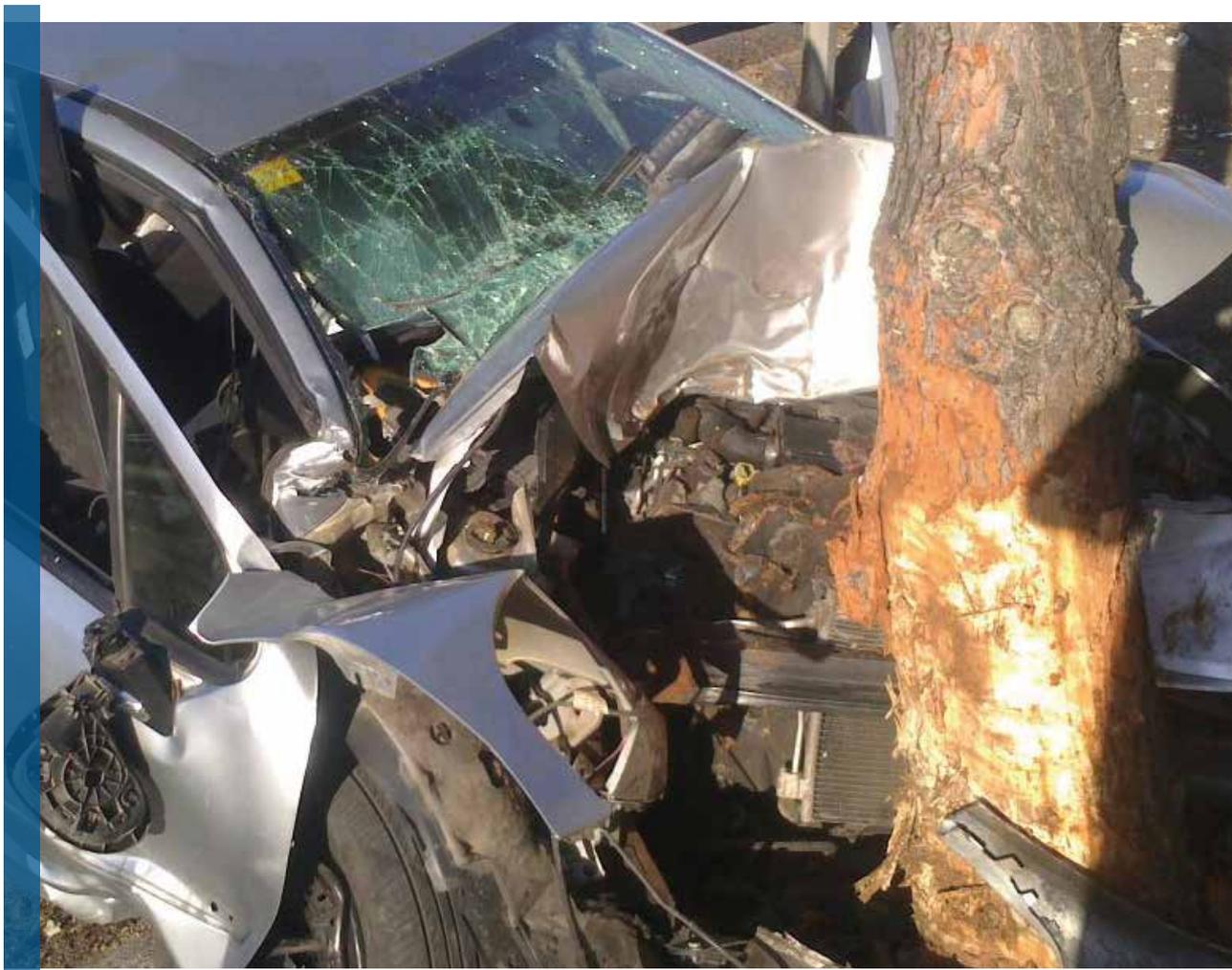
5. Víctimas no conductores privadas de capacidad de culpa civil

Es difícil conocer o avanzar qué se ha querido regular o acaso mi formación o capacidad de entendimiento no alcanzan a captar el concepto. Retomando el artículo publicado por el profesor Yzquierdo Tolsada en el último de los números de la revista RC, extraigo y transcribo un párrafo que entiendo oportuno y con mejor expresión define aquello que intento trasladar: “Pero hay una cosa cierta: para que en una conducta pueda hablarse de culpa o negligencia es necesario que el agente sea subjetivamente imputable, o lo que es lo mismo, que tenga voluntad libre y capacidad de entender y querer. Nadie me podrá convencer de que no cabe plantearse una responsabilidad civil del propio incapaz que venga a reforzar o, simplemente, a acompañar a la responsabilidad de los guardadores por el hecho ajeno. Caigamos en la cuenta de que el art. 1902 no exige capacidad de obrar para que el que causa un daño

esté obligado a repararlo, sino sólo que su conducta sea negligente: es imputable todo aquel que tenga «suficiente capacidad de discernimiento para comprender el alcance de sus actos». ¿Por qué el apartado primero del artículo 1, situado en el marco de aquellos supuestos en que las atribuciones subjetivas de la víctima permiten corregir la indemnización en atención al porcentaje de culpa atribuible a la propia víctima, habla de “víctimas capaces de culpa civil”? Si no se entiende como oposición al escenario que a continuación se describe en el siguiente párrafo, ninguna justificación hallo a la circunstancia de que se califique a las víctimas como “capaces civilmente”. Debemos entender que el primer párrafo del apartado segundo del artículo 1 habla genéricamente de aquellas víctimas que no están comprendidas en las exclusiones protectoras del párrafo segundo, esto es, el resto de víctimas que no sean no conductores menores de catorce años o privados de culpa civil. ¿No sería más sencillo hablar en este caso de víctimas sin más para diferenciarlas de aquellas a las que, según mi criterio, se pretende prote-

ger con el manto excluyente de la compensación?. No se me ocurre un argumento sólido por el que se haya calificado a las víctimas del primer párrafo como aquellas que gozan de capacidad civil, como podría haberse hablado de víctimas personas, o de víctimas varones y hembras.

Lo primero que llama la atención en el párrafo primero del apartado 2 del artículo 1 es la referencia (acaso innecesaria y acaso incongruente) a las víctimas *capaces de culpa civil*. Si en el apartado siguiente se niega expresa y específicamente la aplicación de correcciones a quienes se hallan privados de culpa civil, no existe motivo alguno para predefinir que la posibilidad de estimar concurrencia de conductas culposas es dable únicamente sobre aquellos que conservan la capacidad civil. Parece innecesario que se cualifique a las víctimas sobre las cuales es dable examinar su participación en el resultado dañoso como aquellas que gozan de plena capacidad civil ¿O hablamos de conceptos distintos? Esto plantea una interesante discusión.



Clarificador (o no) es el estudio “La incapacidad: nuevo enfoque jurisprudencial de la protección de personas con discapacidad. Novedades en la Ley de Jurisdicción Voluntaria y en el ámbito penal” elaborado por **Doña María Victoria Rodríguez Caro**, Licenciada en Derecho y en Criminología, Máster en Sistema penal, Criminalidad y Políticas de Seguridad. Abogada, así como Fiscal Sustituta.

En su completo estudio advierte la autora que las sentencias que estiman pretensiones de incapacidad deben revelarse como auténticos “trajes a medida”, determinando los ámbitos y el grado de la discapacidad en interés y para la protección del afectado, determinando cuál sea el régimen de guarda o tutela que deba designarse en función, no sólo de su enfermedad o deficiencia física/psíquica, sino también de sus circunstancias familiares, económicas, sociales.

Partimos del presupuesto de equiparar la expresión “privados de capacidad de culpa civil” a incapacidad en los términos contenidos en el artículo 1263.2 del Código Civil (No pueden prestar consentimiento: 2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.), con sujeción a las causas que el artículo 200 del propio código dispone (son causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma), conforme a las reglas contenidas en el artículo 756 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es la declaración judicial la que atribuye a la persona tal condición, y deberá estarse al contenido de tal resolución para entender si la modificación de la capacidad civil es de tal alcance que le convierte en inimputable desde el punto de vista de la contribución culposa al resultado dañoso. Conforme a lo que se establece en el artículo 760, la sentencia que declara la incapacidad debe determinar los límites y la extensión de la incapacidad, así como el régimen de tutela o guarda a que deba quedar sometido el incapacitado. A continuación se indica que la sentencia identificará a la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por el (nada se dice de la condición de persona física o jurídica, relevante a los efectos de ejercicio de la acción de repetición como a continuación indicaré). No es objeto de esta reflexión extenderme innecesariamente respecto de las consecuencias de la declaración de incapacidad, si bien acaso brevemente se hace preciso recordar el contenido de los ar-

tículos 215 y siguientes del vigente Código Civil. Especial relevancia merece el artículo 242, que faculta a las personas jurídicas sin ánimo de lucro instituirse en tutores de quienes han resultado incapacitados por sentencia judicial firme. Es igualmente relevante a los efectos del presente estudio el contenido del artículo 267, dado que recuerda que el tutor es el representante del incapacitado “salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacidad”, lo que nuevamente nos lleva insistir en el laconismo de la expresión contenida en el artículo 1.2 de la Ley 35/15. ¿Los supuestos que contempla alcanzan a todos los declarados incapaces por sentencia judicial sea cual fuere el alcance de la atribución de representación a favor del tutor o bien sólo respecto de aquellas actividades sobre las que expresamente se ha pronunciado el juez? ¿Deberá contemplar la resolución judicial que ha privado de capacidad a la persona y nombrada tutela la prohibición expresa de deambular para que podamos entender que nos hallamos ante un supuesto de los contemplados en el artículo 1.2 de la Ley 35/15?

Múltiples y muy variadas son las sentencias que recogen distintos supuestos de incapacidad, tanto por la parcialidad de aquello de lo que se priva al declarado incapaz como de la extensión o limitación temporal de la medida. Así nos lo recuerda el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 9 de octubre de 2002, al concluir que la “*incapacitación solo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable.*” Así, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 1082/202, de 20 de noviembre, limita la declaración de incapacidad de Don Lorenzo para la administración de sus bienes sin que ello afecte a los restantes aspectos de su persona, dejando para la ejecución de la sentencia el nombramiento de curador del declarado incapaz. En otro sentido distinto, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, número 421/2013, de 24 de Junio, por la que, tras haber recaído sentencia en trámite de primera instancia confirmada en alzada por la Audiencia Provincial de Ourense por la que era declarado Don Camilo incapaz para regir jurídicamente tanto su patrimonio como todo su patrimonio nombrando tutor, casa el fallo resolviendo “*declarar que Don Camilo, es parcialmente incapaz tanto en el aspecto personal como patrimonial, la cual será complementada por un curador. En la esfera personal*

requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere al patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para su administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, evitando el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo). Se mantiene a FUNGA como curador la cual deberá informar cada seis meses, o antes si fuera necesario, sobre la situación personal del incapacitado y rendir cuentas anuales de su gestión a fecha 31 de diciembre de cada anualidad. Dicha rendición consistirá en una relación detallada de los gastos e ingresos acaecidos en su patrimonio, relación que habrá de ir acompañada de documentos originales; justificativos de los mismos y se hará entrega en el Juzgado que ha conocido de este asunto.”

Inmediatamente nos asalta una duda que no tiene, por el momento, respuesta. ¿Qué debería ocurrir si Don Camilo sufre un accidente durante el período que transcurre desde su inicial declaración de incapacidad en el Juzgado de Primera Instancia mediante sentencia definitiva hasta su posterior casación? ¿Deberíamos considerar que se trata de una víctima privada de capacidad civil o bien, dado que tal pronunciamiento no era firme y ha sido posteriormente parcialmente revocado, considerar que se trata de una víctima en pleno uso de su capacidad civil?

Clarificadora es, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias a través de su Sección 6ª, sentencia 321/2014, de 9 de diciembre, que a su vez recoge el criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 29 de abril de 2.009, en el sentido de que las causas que justifican la declaración de incapacidad están definidas de forma abierta en el artículo 200 del Código Civil, supeditadas a la concurrencia de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, que impida a la persona gobernarse por sí misma, de tal forma que la presunción de capacidad del artículo 322 del Código Civil únicamente puede quebrar “cuando se prueba que la enfermedad que la aqueja

produzca el efecto de afectar al conocimiento y voluntariedad de los actos humanos con trascendencia jurídica, impidiéndole estar en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media”.

Podría continuar con la aportación inacabable de pronunciamientos jurisprudenciales y de este modo llenar de volumen este trabajo, aunque me parece suficiente con la aportación de las señaladas y la indicación de que cada declaración judicial de incapacitación es específica y especial, destinada a modificar, sustituir o complementar la capacidad civil de las personas en los términos concretos que la propia sentencia señala, con los límites y extensión que se proponen. En definitiva, llamar la atención sobre el desconocimiento, cuando menos de mi parte, de aquello que supone “una víctima privada de capacidad de culpa civil”. Si equiparamos el concepto a la declaración judicial de incapacitación deberemos reconocer que la apuesta ha sido insuficiente por inconcreta. ¿es a estos efectos incapaz quien ha sido privado de su capacidad de gobernar su patrimonio aunque no el resto de su capacidad personal? Deberemos estar, como en tantas otras ocasiones, a los próximos pronunciamientos judiciales o, cómo no, a los comentarios y publicaciones de quienes están investidos de más ciencia y por tanto más autoridad.

Comentario específico merece el supuesto de la víctima no conductora privada de capacidad civil “por menoscabo físico”. Se hace complicado imaginar a una víctima privada de la capacidad civil por tal motivo. Antiguamente, el propio código civil reconocía la impotencia funcional como causa de incapacidad, pero hoy no soy capaz de identificar una circunstancia de menoscabo físico de tal naturaleza que pueda llegar a plantear la incapacitación. Lo más cercano que he hallado en nuestra jurisprudencia es una sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo 14 de julio de 2004: el demandado de incapacidad era una persona en la que -según los hechos- ... “las funciones psíquicas superiores están totalmente conservadas, pero la afasia que presenta le impide expresar su voluntad de forma libre”, y “es dueño de sus propios actos y con capacidades suficientes y bastantes para tomar decisiones en todos los órdenes de la vida, aunque para todo aquello que requiera una ejecución física necesita la ayuda de otra persona”. En el caso, el sujeto se comunicaba a través de una enfermera y una cuartilla

plastificada en la que estaban las letras y los números; la enfermera iba pasando un bolígrafo sobre los signos señalando el presunto incapaz con gestos el signo elegido y de esta forma expresaba su voluntad, que la sentencia reconoce que conservaba. A pesar de lo anterior, el Tribunal Supremo ha entendido que la circunstancia de necesitar una tercera persona de forma permanente para la comunicación, le convierte en incapaz. Atendiendo a este criterio, no es difícil imaginar la incapacitación de manos del Tribunal Supremo de **STEPHEN W. HAWKING**.

Si convenimos que la privación de la capacidad civil únicamente viene determinada por una resolución judicial firme dictada en forma de sentencia tras un procedimiento de incapacitación regulado, podemos y debemos situarnos frente al acaso de una víctima que, si bien no ha sido incapacitada y por ello privada de capacidad civil, al tiempo de sufrir (o provocar) el accidente goza de una condición, vive en una situación o padece unas limitaciones psicológicas, orgánicas o sensoriales plenamente susceptibles de incapacitación, que a tal fecha no ha sido interesada por quien puede hacerlo. Parecería exagerado concluir que en el primer supuesto nos hallamos frente a víctima plenamente responsables de sus actos, no incapacitadas ni incapacitables, aunque es un escenario que permite explicar por qué se ha calificado a las víctimas cuya conducta puede ser objeto de examen y corrección.

Pese a la letra de la norma, quiero creer que la acreditación de las circunstancias objetivas que justifican la falta de capacidad aún no declarada impedirá la aplicación de criterios de corrección por apreciación de concurrencia de conductas responsables. Sin embargo, podemos y debemos tener en cuenta la posibilidad de que la declaración de incapacidad sea revertida. Ello obliga a plantearse el supuesto de una víctima que, aún declarada incapaz civil y por ello tributaria de los beneficios o derechos de la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 1.2 vea, sin embargo, sometida a revisión su supuesta incapacidad al hallarse, a la fecha del accidente, en condiciones tales que pueda ser modificada la situación. En tal caso, nada obsta a que pudiera observarse la conducta de la propia víctima a los efectos de determinar su contribución al daño. Volviendo a la sentencia citada por la que inicialmente resultaba incapacitado Don Camilo (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, número 421/2013, de 24 de Junio), será obligado acu-

dir a la vía judicial para que sea el magistrado quien determine si, a la fecha del accidente, tenía o no Don Camilo su capacidad de culpa civil intacta, pese a ser titular de una declaración judicial de incapacitación mediante sentencia definitiva posteriormente casada.

Hay un último punto que quisiera abordar, siquiera a modo de anuncio. La falta de revisión de la conducta concurrente de la víctima no conductor menor de catorce años o privada de capacidad de culpa civil incluye la exclusión de la acción de repetición contra los padres, tutores y demás personas físicas que, en su caso, deban responder por ellas legalmente. Por más vueltas que le doy no hallo justificación al hecho de que la facultad de repetición sea dable cuando el incapaz sea objeto de tutela en la persona (jurídica) de una institución pública o de una institución sin ánimo de lucro.



6. Consecuencias de la aplicación conjunta de ambos sistemas de imputación de la culpa civil

La lectura del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 1 de la Ley 35/15, verdadero objeto de lo que aquí se expone, abre definitivamente dudas e incongruencias que voy a intentar exponer. Una vez reconocido el derecho que tiene el responsable civil de negar o moderar el pago de la indemnización que a la víctima le corresponde en atención al grado de contribución de éste en el daño, nos topamos con unas excepciones que, como se indicaba al inicio, constituyen más una razón social, de cobertura humanitaria, que convierte la respuesta normativa en póliza de accidentes y no de responsabilidad civil, toda vez que hace inatacable el examen de la conducta de la propia víctima y algo que resulta no me-

nos importante, hace desdeñable la conducta del agente dañoso, no repara en su conducta diligente, no examina aquello que pudo hacer para evitar el daño, atribuye a su aseguradora el deber de soportar las consecuencias en el orden de la responsabilidad civil de una conducta probablemente irreprochable desde todo orden, salvo el que nos ocupa.

Como se decía anteriormente, junto con la consideración de póliza con cobertura de accidentes sobre lo que ha venido siendo una póliza de responsabilidad civil, asistimos a un desacostumbrado viraje en el foco de atención. De examinar la conducta de quien provoca el daño y analizar si se predica de ella reproche culpabilístico desde el punto de vista civil, pasamos a desdeñar este extremo para tener como único elemento valorativo la condición subjetiva de la víctima. La única característica que deberá examinar el juzgador sobre la víctima no conductora de un accidente de circulación es su condición de menor de catorce años o el mantenimiento de su capacidad civil.

La norma proclama en esencia que, para resultados de lesiones temporales o secuelas (no para fallecimiento) de víctima menor de 14 años o de persona carente de responsabilidad civil, no opera la culpa exclusiva como exoneradora de responsabilidad civil ni es dable la reducción por concurrencia de conductas culpables, excluyéndose además la posibilidad de ejercitar acción de repetición frente a padres o personas físicas de las que responden legalmente, salvo que el menor o el incapaz haya contribuido dolosamente a la producción del daño.

Entiendo que habiéndome extendido suficientemente sobre la condición subjetiva de la víctima, resta ahora destacar aquellas circunstancias objetivas que, junto a las subjetivas mencionadas, permiten la aplicación de tan importante privilegio o protección.

Lo primero que llama la atención, justificado posteriormente en razón de la persona receptora de la indemnización, está en la exclusión de víctimas no conductoras menores de catorce años o privadas de capacidad civil que fallezcan. La justificación está, a la vista que a tal efecto podemos leer o escuchar de boca de quienes han intervenido en su redacción, precisamente en la persona perceptora final de la indemnización. Se índice o se revela en este caso con mayor motivo el carácter asistencial, solidario, humanitario de la norma, pues se contempla únicamente para aquellos supuestos en que la víctima sobrevive al accidente. Pudiendo ser acepta-



ble tal consideración nos enfrentamos a la primera irresoluta duda, pese a los esfuerzos realizados para hallar una respuesta en la propia norma.

Si atendemos a distinto criterio de valoración de culpa en función del resultado (apreciamos culpa exclusiva o compensación para víctimas vivas pero no para víctimas lamentablemente fallecidas), deberemos dar respuesta a situaciones fácilmente imaginables en que una situación inicial de víctima lesionada viva desemboca desgraciadamente en fallecida por consecuencia de no haber podido responder a los tratamientos médicos y/o quirúrgicos prestados. Imaginemos, como indicaba al inicio, una víctima menor de catorce años no conductor que, como consecuencia de un accidente resulta con graves lesiones, por cuya consecuencia inicialmente padece un largo período de tratamiento en el curso del cual es sometido a intervención quirúrgica para amputarle un miembro y que finalmente, como consecuencia de las múltiples lesiones padecidas, fallece. El sistema de valoración contempla específicamente respuestas para supuestos en los que la lesión temporal y aún la secuela consolidada anteceden al fallecimiento. Así, el artículo 44 define los criterios de indemnización por lesiones temporales en caso de fallecimiento del lesionado antes de fijarse la indemnización y el subsiguiente artículo 45 las reglas de indemnización por secuelas en caso de fallecimiento del lesionado tras la estabilización lesional y antes de fijarse la indemnización. De igual modo, el artículo 46 reconoce el derecho a reclamar los gastos en que se haya incurrido hasta la fecha del fallecimiento:

Artículo 44. Indemnización por lesiones temporales en caso de fallecimiento del lesionado antes de fijarse la indemnización.

La indemnización que deben percibir los herederos del lesionado se fijará de acuerdo con el tiempo transcurrido desde el accidente hasta la estabilización de sus lesiones, o en su caso, hasta su fallecimiento, si éste es anterior.

Artículo 45. Indemnización por secuelas en caso de fallecimiento del lesionado tras la estabilización y antes de fijarse la indemnización.

En el caso de lesionados con secuelas que fallecen tras la estabilización y antes de fijarse la indemnización, sus herederos perciben la suma de las cantidades que resultan de las reglas siguientes:

a) En concepto de daño inmediato, el quince por ciento del perjuicio personal básico que corresponde al lesionado de acuerdo con las tablas 2.A.1 y 2.A.2.

b) Las cantidades que correspondan al porcentaje restante del perjuicio personal básico y a la aplicación de las tablas 2.B y 2.C en lo relativo al lucro cesante, en proporción al tiempo transcurrido desde la fecha de la estabilización hasta el fallecimiento, teniendo en cuenta la esperanza de vida del fallecido en la fecha de la estabilización, de acuerdo con la tabla técnica de esperanzas de vida (TT2) incluida en las bases técnicas actuariales a las que se refiere el artículo 48.

A los efectos de este cálculo se considera que la esperanza de vida de víctimas de más de ochenta años es siempre de ocho años.

Artículo 46. Indemnización de gastos en caso de fallecimiento del lesionado antes de fijarse la indemnización.

La indemnización por gastos resarcibles comprende exclusivamente aquellos en los que se haya incurrido hasta la fecha del fallecimiento.

Artículo 47. Compatibilidad de la indemnización a los herederos con la indemnización a los perjudicados por la muerte del lesionado.

En el caso de que el fallecimiento del lesionado se haya producido por causa de las lesiones padecidas y antes de fijarse la indemnización, la indemnización que corresponda a sus herederos según lo previsto en los artículos anteriores es compatible con la que corresponda a los perjudicados por su muerte.

En atención a lo que establece el artículo 44, si la víctima fallece como consecuencia del accidente aunque previamente ha transcurrido un período de consideración de lesión temporal, sus herederos tendrán derecho a percibir la indemnización que corresponde tanto por la incapacidad temporal como por el fallecimiento. ¿Quiere eso decir que si nos hallamos ante una víctima no conductor menor de catorce años deberá valorarse para el fallecimiento la contribución de la propia víctima al resultado siendo incluso predicable la circunstancia exoneradora de responsabilidad civil por apreciación de culpa exclusiva de la víctima aunque no así por lo que respecta a las cantidades reclamadas por el período de incapacidad? Podría contestarse que, siendo los herederos quienes perciben el total monto indemnizatorio, resulta la consideración global de fallecido como consecuencia del accidente y por ello puerta abierta al enjuiciamiento de la conducta de la propia víctima para reducir o anular la indemnización. La situación puede complicarse si, como resulta habitual, entre el

accidente y el fallecimiento ha transcurrido tiempo suficiente como para que la aseguradora del conductor del vehículo causante del daño, asuma su obligación de trasladar oferta o respuesta motivada, conforme a las reglas y pautas que se establecen en el artículo 7 de la LRCSCVM. ¿Qué deberá considerar en tal caso la aseguradora? Se halla ante una víctima no conductor, menor de catorce años que, si bien plenamente responsable bajo su consideración del origen de las lesiones, a la que tiene que indemnizar, dado que no puede operar sobre él la circunstancia exoneradora o reductora de la responsabilidad civil que debe atender y efectúa un primer o sucesivos pagos a cuenta de la suma que finalmente pueda resultar. Causa rubor pensar que, una vez acontecido el ulterior fallecimiento del menor, pueda la aseguradora aplicar criterios de compensación. Causa incomodidad aceptar que pueda entenderse la suma entregada como pago a cuenta de la indemnización que resulta del fallecimiento y por ello sobre el global aplicar porcentaje reductor en consonancia a la consideración de la víctima al resultado dañoso. Especialmente extraño parecería tal escenario si, como se contempla en el apartado d) del propio artículo 7, la cantidad ofrecida o entregada a cuenta como respuesta motivada (entendida como pago a cuenta de una futura oferta motivada) no puede estar sujeta a condición alguna.

Similar respuesta puede corresponder al supuesto contemplado si, como se anticipaba, entre el accidente y el fallecimiento se han consolidado secuelas. La respuesta que para este acaso prevé la norma se contiene en el artículo 45, de tal forma que los herederos tendrán derecho a percibir una indemnización que se calculará con arreglo a dos variables. De un lado, el quince por ciento de la indemnización correspondiente al perjuicio personal básico por las secuelas conforme al cuadro de valoración médica de la tabla 2.A.1, más una cantidad adicional en concepto de lucro cesante, proporcional al tiempo transcurrido entre la fecha de estabilización lesional y el fallecimiento, conforme a la esperanza de vida de la víctima. Teniendo en cuenta lo anterior, la situación del cálculo indemnizatorio para nuestro supuesto se complica, pues una vez acaecido el fallecimiento, resultarían tributarios sus herederos de percibir indemnización calculada para las lesiones temporales, para las secuelas consolidadas antes del fallecimiento y, lógicamente, las que correspondan al fallecimiento. De seguirse conforme se ha indicado el cálculo valorativo de la indemnización que corresponda, nos hallaríamos ante la probablemente no de-

seada respuesta de tener que realizar distintas operaciones según se trate del cálculo de las lesiones temporales, de las secuelas consolidadas o de la indemnización por fallecimiento. Para la valoración de las lesiones y secuelas no operaría corrección o compensación alguna, mientras que exclusivamente para el cálculo de la indemnización que debe ser satisfecha a los herederos del menor consideraríamos la conducta del propio lesionado. Incluso los gastos soportados desde el accidente hasta el fallecimiento, reclamables al amparo de lo contenido en el artículo 46 podrían soportar reducción por concurrencia atendido el grado de culpa de la propia víctima.

7. La preterición de la circunstancia exoneradora por fuerza mayor extraña a la conducción propia

Mención específica merece el olvido o mejor la preterición de la fuerza mayor extraña a la conducción como solución exoneradora del pago de la responsabilidad civil respecto de las lesiones padecidas por quienes gozan de la condición subjetiva del párrafo segundo del artículo 1.2 del RD 8/2004. Para ello es conveniente recordar mínimamente cual es el significado de la circunstancia exoneradora. Bastaría con ello realizar un “corta-pega” del artículo publicado por **DON MARIANO MEDINA CRESPO** para la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro que preside. Como reiteradamente ha venido exponiendo, no debe entenderse la fuerza mayor como criterio de exclusión de responsabilidad en los términos del 1.105 del Código Civil (o debiera decirse no solo sino también), al resultar ocioso por innecesario que una norma específica que regula los aspectos y condiciones de aplicación de la responsabilidad civil circulatoria incluya una referencia genérica a un supuesto que no es necesario explicitar. Como indica el profesor **MEDINA CRESPO**, es inimaginable que la norma atienda a considerar excluido del ámbito de la responsabilidad civil obligatoria en la circulación de vehículos el daño ocasionado, por ejemplo, por un terremoto. Se trata de algo más preciso, probablemente más sutil, atinente a una circunstancia que, si bien integrante del hecho de la circulación, se halla fuera de la esfera de la conducta del agente o conductor. Siguiendo con su hilo argumental, es preciso salir al paso de quienes erróneamente consideran que la obligación resarcitoria contenida en el artículo 1.1. de la LRCSCVM respecto de los daños personales causados supone una presunción de culpa civil, cuando en realidad lo que existe es una presunción de

responsabilidad civil. Tras desnudar el sentido de la expresión y la errónea consideración que del uso de ella puede hacerse, especialmente al afirmar que “no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo...” sin adjetivar la fuerza mayor como “extraña a la conducción, y revelado del sentido de la concepción colectiva e individual del riesgo de la circulación como elementos justificadores de la teoría del riesgo en la responsabilidad civil circulatoria, circunscribimos al ámbito del riesgo personal o individual el análisis de la conducta para determinar si el elemento generador del daño tiene atributo de ajeneidad. En palabras del profesor **MEDINA CRESPO**, “para la concepción personal, la responsabilidad del conductor surge siempre que la exclusiva causación jurídica del accidente deje de ubicarse en factores ajenos a la conducción o al funcionamiento del concreto vehículo de que se trate”. Si conjugamos las dos circunstancias exoneradoras de responsabilidad para el conductor de un vehículo, la culpa exclusiva de la víctima y la fuerza mayor extraña a la conducción, observaremos que en ambos el título de imputación de la responsabilidad civil está fuera del ámbito del conductor del vehículo. O la causa está plena, exclusiva y excluyentemente en la conducta de la víctima o en alguna otra circunstancia, ajena a la víctima y al conductor. Ese elemento de ajeneidad es el que define la exoneración. A modo de brillante colofón concluye el profesor **MEDINA CRESPO** que “la fuerza mayor ajena es objeto de gran ampliación, al abrigar cualquier supuesto de causación exógena que sea distinta de la aportada por la propia víctima y que no se enmarque, dada su falta de ajeneidad, en el estricto caso fortuito, con lo que la culpa exclusiva de tercero, sea o no conductor, constituye una especie de fuerza mayor liberatoria.”

Atendido lo anterior y visto que la circunstancia liberatoria de la responsabilidad civil definida como fuerza mayor extraña a la conducción viene referida a la identificación de un motivo exógeno distinto de la atribución de culpa para la propia víctima, cuesta entender la causa por la que no ha sido recogida esta circunstancia de forma expresa en la nueva redacción del párrafo segundo del artículo 1.2 del R.D. 8/2004.

Si se trataba de proteger el derecho a ser resarcida una víctima no conductora que no alcance una determinada edad o que haya sido privada de su capacidad civil, debería mantenerse la vía de salvaguarda en supuestos de fuerza mayor extraña a la conducción. Inmediatamente se nos viene a la cabeza multitud de ejemplos con los que llenar esta aparente contradicción o vacío.





Pensemos en un accidente de circulación provocado por un vehículo que no respeta la señal vertical semafórica de luz roja y que, con un notorio exceso de velocidad irrumpe en un cruce, golpeando frontolateralmente a un turismo que de forma prudente viene circulando por la vía perpendicular, con tal mala fortuna que el vehículo golpeado es desplazado hasta atropellar mortalmente a un peatón menor de catorce años o de herirlo gravemente. Conforme a la redacción de la norma, ninguna defensa tendría la aseguradora del vehículo que materialmente ha arrollado tristemente al peatón para el caso de que los herederos (para el caso de fallecimiento) o sus legales representantes para el supuesto de lesiones, dirigiesen su acción. Tampoco resultaría solución liberatoria alguna para el supuesto de un ocupante menor de catorce años de una motocicleta que fallece o resulta gravemente herido como consecuencia de la conducta imprudente de su propio piloto al impactar por alcance contra un turismo detenido por circunstancias propias de la circulación.

8. Aplicación analógica del sistema.

No puedo sustraerme a la necesidad de apuntar una provocación. En ausencia de criterios valorativos a situaciones de daño generado por causa distinta a la circulación automovilística, viene siendo aplicado como criterio el contenido en el sistema de valoración que nos ocupa. Podría decirse que esa aplicación analógica lo es únicamente de las tablas de valoración y no de sus reglas de aplicación. Podría decirse que no alcanza a sus reglas procesales, procedimentales y de interpretación. Sin embargo, se ha generado ya amplio debate respecto de cuál es el bloque sustantivo y cual el procesal a los efectos de entrada en vigor de la norma, con distinta suerte. Una aplicación por analogía a hechos originadores del daño distintos acaso deberá completarse con sus normas y reglas de aplicación e interpretación. Podemos estar, en este punto, abriendo la posibilidad a que todo aquello que ha sido expuesto en este trabajo resulte de aplicación en otros ámbitos (pienso en lesiones causadas a menores en atracciones de feria, encierros, accidentes laborales sufridos por incapaces o discapacitados, lesiones causadas en centros escolares, etc). Si para su cálculo resarcitorio acudimos a las tablas contenidas en esta norma, ¿no deberemos también adoptar sus criterios de aplicación?. Sin duda leeré respuestas o posicionamientos más lúcidos que me aclaren tales dudas.

9. Conclusiones

Con la dificultad que supone resumir lo expuesto, me atrevo a señalar algunos apuntes que, a modo de índice, representan aquello que he querido trasladar, en el bien entendido caso de que ni es todo lo que se dice ni es solo lo que se dice:

- La regulación contenida en el artículo 1.2 del RD 8/2004 tras la modificación operada tras la Ley 35/15 supone integrar en un régimen de responsabilidad civil una garantía de accidentes, quebrando el sistema de responsabilidad civil por riesgo.

- Se prescinde de la conducta del agente generador del daño o del carácter ajeno del origen del daño, para centrar la atención exclusivamente en los elementos subjetivos de la víctima.

- La conducta de la víctima no resulta relevante para supuestos de lesiones temporales y secuelas, aunque no se resuelve el resarcimiento de las víctimas que, tras un período de incapacidad o con secuelas consolidadas, fallecen como consecuencia del accidente.

- No existe respuesta normativa a las situaciones de privación de capacidad civil de la víctima en que ésta no es completa, no es firme o no alcanza a todas las esferas de actuación del declarado incapaz.

A día de hoy no he hallado pronunciamiento judicial alguno que dé respuesta a todas las preguntas que me he venido formulando. Es de desear que de forma gradual se vayan sucediendo de forma simultánea criterios jurisprudenciales y rectificaciones complementarias a la norma nacidas de las conclusiones que la Comisión de seguimiento constituida a tal efecto vaya detectando. Preocupa, sin embargo, la cantidad de supuestos sin respuesta o con respuesta indeseada que en el camino transitorio hasta la consolidación de una definitiva y correcta interpretación vayan sucediéndose.

Agradecimientos

Imposible por último no agradecer el apoyo, la conducción, la corrección, la ayuda y la sabiduría de quien ha sido el tutor de este trabajo y de quien proclamo allá donde voy amistad, admiración y respeto, **JOSÉ MANUEL VILLAR CALABUIG**. Finalizo agradeciendo y felicitando a **DON JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA** y a **DOÑA MARIA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA** el extraordinario Máster en Responsabilidad Civil que dirigen, extensivo a todos aquellos que dedican parte de su tiempo y esfuerzo a la formación, fielato que sitúa el nivel profesional de cada uno de nosotros.



La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil

Esther Marina Soria Pérez
Abogada

Sumario

1.- Introducción

2.- Cuestiones Generales del Wrongful Birth y Wrongful Life

3.- El Ejercicio de la Acción de Wrongful Birth

3.1.- Acción Ejercitada

3.2.- Criterio de Imputación: Incumplimiento de las Obligaciones y Deberes de los Profesionales Sanitarios:

3.2.1.- Omisión o Error de Diagnóstico

3.2.2.- Falta u Omisión de Información

3.3.- Legitimación: *"Par Ricochet"*

3.4.- Relación de Casualidad o Nexo Causal

4.- Indemnización: Daño Moral y Daño Patrimonial

4.1.- Daño por Falta de Información

4.2.- Daño Moral

4.3.- Daño Patrimonial

4.4.- Pérdida de Oportunidad: *"Perte D` Une Chance"*

5.- Conclusión

6.- Bibliografía

Este artículo está basado en mi Trabajo de Fin de Máster en Responsabilidad Civil Extracontractual en su tercera edición, realizado con la supervisión y dirección de mi tutora y gran profesional **DOÑA MARÍA CARMEN RUÍZ MATAS**. Agradecer a los directores **DON JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA** y **DOÑA MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA** por darnos la oportunidad de cursar un Master, el cual, nos ha abierto muchas puertas profesionales y donde he podido conocer a mis compañeros y amigos con los que voy a compartir mi vida como abogada.

1.- Introducción

Hoy en día los profesionales tienen los conocimientos y tecnologías suficientes para detectar ciertas malformaciones, anomalías o deficiencias de un feto antes de que nazca, entonces ¿Qué ocurre cuando un hijo nace con anomalías sin que los padres supieran de la existencia de las mismas? ¿Por qué no fueron detectadas? En el caso de que hubieran sido posibles ser detectadas, ¿Qué pueden hacer los progenitores ante esta situación?

Pocos años atrás, era insostenible la idea de que los progenitores reclamar judicialmente el nacimiento de un hijo cuando este nacía enfermo, como es lógico, los padres piensan y quieren que su hijo venga bien y sano dada la tecnología, los avances y conocimientos de la época en la que nos encontramos, es difícil pensar que los grandes profesionales sanitarios no detecten anomalías o deficiencias en los fetos durante las pruebas prenatales que se desarrollan a lo largo del embarazo.

Cierto es, que a medida que ha ido evolucionando el ámbito científico y técnico de la medicina se han incrementado el número de enfermedades y malformaciones¹ que puedan ser detectadas en el periodo de gestación y sobre las que se deben de informar a los padres, para que los mismos se sometan a un diagnóstico prenatal, para que en virtud de los resultados adopten oportunamente las decisiones más pertinentes. De ahí a que cada día, se interpongan más reclamaciones de responsabilidad ejercitadas por los progenitores ante el nacimiento de un niño con anomalías que pudieron ser detectadas durante el embarazo teniendo conocimiento en el momento del nacimiento del niño de forma inesperada de la enfermedad, provocándoles unos daños tanto morales como patrimoniales a los progenitores.

¹ GARCIA HAYAMA Derecho y Cambio Social, responsabilidad civil por nacimientos con discapacidad: la acciones por *wrongful birth* (nacimiento injusto) y *wrongdul life* (vida injusta).

2.- Cuestiones generales del *wrongful birth* y *wrongful life*

Deviene de la introducción, la existencia y evolución de las acciones judiciales de responsabilidad civil por negligencia del personal médico o centros sanitario que se conocen mediante su terminología norteamericana, como "*wrongful birth*" y "*wrongful life*", que vienen a dar respuesta a las pretensiones de los pacientes con relación a la información que puedan disponer los progenitores y sobre la cual pueden adoptar las decisiones correspondientes respecto de la descendencia futura.

La acción *wrongful birth* o "*nacimiento injusto*" ha sido definida por la autora **PAÑOS PÉREZ**², "*como las reclamaciones que ejercen los padres, planteadas frente al nacimiento de un hijo con anomalías, malformaciones, enfermedades incurables o inevitables, detectables durante el embarazo, que si se hubieran conocido a tiempo habría permitido a los progenitores la posibilidad de ejercer su derecho al aborto, o por lo menos tener conocimiento de las repercusiones y consecuencias que va a tener su hijo el día de mañana tanto persona embarazada sobre la enfermedad o anomalía que sufre el feto con el tiempo suficiente para que la madre pueda ejercer su derecho al aborto*".

En cambio, el *wrongful life*³, o "*vida injusta*" es considerada aquella demanda judicial que interpone el propio hijo discapacitado o sus representantes legales, contra el médico y/o centro médico por haber nacido con una malformación o anomalía, como consecuencia de un diagnóstico que conlleva a su vez una falta de información que de no haber sido errónea, él no hubiera nacido, es decir, la demanda vendrá fundada según **GALAN CORTÉS**⁴ de la siguiente forma, "*si el consejo del médico no hubiera sido inadecuado no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad y tener una vida insatisfactoria*", solicitando de esta manera la reparación del daño por la pérdida de oportunidad ocasionada como consecuencia de la negligencia del médico que dio lugar a su nacimiento, privando a su madre de abortar cuando tenía la posibilidad.

² PAÑOS PEREZ- Responsabilidad *civil medica por wringful birth y wrongful life*. Diario la Ley, Nº8396, Sección Doctrina, 10 de Octubre de 2014, año XXXV. Editorial LA LEY

³ GALAN CORTES, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Cuarta Edición, Thomson Reuters, 2014. NIEVES PACHECO JIMENEZ, *Acciones wrongful birth y wrongful: una controvertida vía de responsabilidad civil médica*, - Universidad de Castilla La Mancha.

⁴ GALAN CORTES, *Responsabilidad Civil Medica*, Cuarta Edición, Civitas Thomson Reuters.

física y moral, tal y como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 de Abril de 1985, Rec 200/1983 cuando se despenalizó el aborto eugenésico o embriopático, permitiendo que la interrupción se pueda desarrollar en las primeras semanas del embarazo, en el caso de que, “*se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas*” entendiéndose de este modo “*de forma que la práctica del aborto en las condiciones y circunstancias legalmente previstas no resulta punible penalmente*”. Como vemos, la sentencia pretendió dar respuesta al conflicto de valores constitucionalmente protegidos por un lado el derecho a la vida del nasciturus y por otro el derecho a la autodeterminación de la madre reconocidos en los artículos 10 y 15 de nuestra Constitución resolviendo de este modo, a favor y dando prioridad a los derechos de la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e integridad física y moral de la madre y no a los derechos del feto, siempre y cuando como dice la autora **PACHECO JIMÉNEZ**⁸, “*exceda de lo que normalmente es exigible a la madre y a la familia, y que resulta agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que presente la asistencia del menor así como eliminar la inseguridad de los padres acerca de la suerte del afectado*”.

3. El ejercicio de la acción de wrongful birth

3.1.- Acción *wrongful birth*

La acción *wrongful birth* fue definida por primera vez por Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1ª, Sentencia de 17 de Septiembre de 2002. Rec.130/2002 en su fundamento de derecho primero como “*el grupo de casos de responsabilidad médica en relación con error en el diagnóstico prenatal por falta de realización o defectuosa realización del diagnóstico, produciéndose con ello la consecuencia (...) del riesgo de enfermedad congénita de la criatura concebida, resultando que el feto sufre la dolencia y nace con tales defectos, no disponiendo ya la mujer de la posibilidad de recurrir al aborto dentro del plazo legalmente establecido*”.

Esta concepción de *wrongful birth* o “*nacimiento erróneo*”⁹ surge en los años sesenta, en EE.UU y no es hasta los principios de los noventa cuando encontramos los primeros casos en Europa, siendo la primera vez que se

pronuncia él en Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 6 de Junio de 1997, Rec. 165/1993, por la reclamación interpuesta por una mujer embarazada que se había sometido a una amniocentesis, el resultado de la prueba fallida fue comunicado a la madre dos meses después momento en el que había transcurrido el plazo de las 22 semanas para la interrupción voluntario del embarazo transcurridos los nueve meses su hijo nació con síndrome de Down.

No ha existido por lo tanto una jurisprudencia asentada en la materia, donde el Tribunal

Supremo afirmaba y negaba la responsabilidad civil en virtud de los hechos de cada caso concreto, no siendo hasta la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1002/2005 de 21 de Diciembre 2005 y en la Sentencia 837/2007 de 6 de Julio de 2007 Rec. 3036/2000 donde se fue asentando una línea jurisprudencia de responsabilidad civil en la acción de *wrongful birth* que fue seguida por las posteriores sentencias emitidas y que iremos desarrollando a los largo del análisis.

Las acciones de *wrongful birth* abarcan aquellas responsabilidades de los médicos cuando se dan los siguientes presupuesto¹⁰: 1.- que la concepción del hijo es voluntario y por lo tanto los padres quieran tener al hijo; 2.- que exista un diagnóstico erróneo, el médico se equivoca en la formulación del diagnóstico realizado a la madre no detectando la enfermedad del feto; 3.-La inexistencia de diagnóstico es decir no se realiza un diagnóstico prenatal o no se le informa a los progenitores de la necesidad de realizar determinadas pruebas; 4.-Falta de comunicación debida a los padres, existe una falta de información o que la misma sea errónea sobre el estado del feto y de los posibles riesgos que se derivan; 5.-Que la enfermedad o malformación podía haber sido detectadas durante el embarazo en virtud de los conocimientos científicos; 6.- Que la enfermedad o anomalías no son causa directa de la acción del médico, pues la acción del médico no produce las lesiones, si no que el mismo se ha limitado a no diagnosticarlas; 7.-No se conoce cura para la enfermedad o anomalías naciendo con ellas en cualquier caso; 8.-Que los progenitores pudieran haber optado por interrumpir el embarazo dentro del plazo legalmente establecido.

⁸ PACHECO JIMENEZ, Mª NIEVES -*Acciones wrongful birth y wrongful: una controvertida vía de responsabilidad civil médica*, Recogido, en el fundamento decimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional

⁹ MARCIA MORILLO, *La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth wrongful life*, Revista de derecho universidad del norte, nº 27 Barranquilla 2007.

¹⁰ ALBA PAÑOS PEREZ en *Responsabilidad civil medica por wrongful birth y wrongful life*. Diario la Ley, Nº8396, Sección Doctrina, 10 de Octubre de 2014, año XXXV. Editorial LA LEY/ de igual manera lo recogía LEYRE ELIZARI URTASUM El daño en las acciones *wrongful birth y wrongful life*- Premio derecho y salud 2009- véase <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3177249.pdf>

El ejercicio de esta acción tiene la finalidad de indemnizar tanto el daño moral provocado por el golpe de tener conocimiento de esta realidad en el momento del nacimiento sin tener tiempo suficiente para poder hacerse a la idea en los casos en que no hubiera sido posible abortar transcurrido el plazo legal, o por ser una malformación que según la SEGO no entra dentro de aquellas enfermedades que toleran el ejercicio de este derecho, o por haber perdido la posibilidad si así hubiera sido posible de repararlas o corregirlas de inmediato, en tanto que, la progenitora ha visto lesionado su derecho a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10 de nuestra Constitución, pretendiendo de igual manera el resarcimiento de los daños patrimoniales.

3.2. Criterio de imputación: incumplimiento de las obligaciones y deberes de los profesionales sanitarios

Al igual que en los demás supuestos de responsabilidad civil el criterio de imputación general es la culpa del personal sanitario, es decir, existe culpa por parte de los facultativos cuando su conducta sea negligente, contraria a la *lex artis*, en virtud de los conocimientos actuales de los médicos, siendo en este caso no informar a la madre en el plazo previsto sobre la enfermedad del feto y sus imposibilidad de decisión ante esa situación, provocando un daño al vulnerar los derechos protegidos constitucionalmente de la mujer siendo los mismos objeto de indemnización.

Para que la conducta sea reprochable es necesario que exista culpa ya sea por acción o por omisión en la actuación diligente del médico, tal como, un error en el diagnóstico prenatal, pues en virtud de las pruebas ya sea porque las mismas no se hicieron o no se hicieron bien no se puede detectar la existencia de la anomalía produciéndose una falta de emisión del diagnóstico por cuanto que no se le comunica a los progenitores la enfermedad que padece el feto recibiendo por lo tanto una información falsa o errónea derivada de cuanto menos un diagnóstico certero.

En tal sentido, para saber si estamos ante una conducta negligente del profesional debemos acudir como ya he mencionado a la *lex artis*; si la enfermedad o malformación no es conocida, identificada de acuerdo con el actual estado de la ciencia médica, la misma no puede ser diagnosticada durante las pruebas prenatales realizadas durante el periodo del embarazo no pudiendo reclamar al médico una actuación errónea o error médico pues dentro de los conocimientos actuales en la medicina el mismo ha realizado un comportamiento diligente, como

así afirma **ÁNGEL YAGÜEZ**¹¹ con cierta dureza en relación al criterio de imputabilidad que la culpa del médico consiste en un error que ha conducido a la vida. De igual manera lo ha ido reconociendo la jurisprudencia en Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 837/2007 de 6 de Julio de 2007 Rec. 3036/2000 *“señala como uno de los deberes del ginecólogo el de proporcionar a la gestante los medios adecuados, concretados, entre otros, en poner en su conocimiento cuantos medios conoce la medicina para diagnosticar determinadas malformaciones, sobre la base de que la información constituye un presupuesto y elemento esencial de la “lex artis” y como tal forma parte de toda actuación asistencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico, y que en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la obligación de poner en su conocimiento toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades efectivas sobre la evolución del embarazo, que es lo que a la postre va a permitirle tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses, tanto de presente como de futuro.”*

Atendiendo a lo establecido por la jurisprudencia, para que el médico se le impute la falta de diligencia debe darse los siguientes presupuestos¹²: 1.- No informar sobre la conveniencia de realizar las pruebas prenatales de las que derivan el diagnóstico; 2.- Errores en el diagnóstico o en la interpretación de los resultados de las pruebas; 3.- Falta de información correcta o con la suficiente antelación a los progenitores de la existencia de una anomalía dentro del plazo legalmente fijado para el aborto.

3.2.1.- Omisión de diagnóstico y error en el diagnóstico

En primer lugar para entender por qué una omisión o error en el diagnóstico prenatal genera una conducta culposa para el médico es necesario saber en qué consiste un diagnóstico prenatal, cuya definición viene recogida en Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1002/2005 de 21 de Diciembre 2005, teniendo las mismas la finalidad de identificar la enfermedad que tiene el paciente y reconocer las peculiaridades que derivan de cada persona e individuo. El diagnóstico del médico no es infalible por lo que los profesionales

¹¹ ÁNGEL YAGÜEZ, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)”

¹² JUAN CARLOS GARCIA HUAYAMA- *Derecho y Cambio Social, responsabilidad civil por nacimientos con discapacidad: la acciones por wrongful birth (nacimiento injusto) y wrongful life (vida injusta).*

sanitarios deben ser muy prudentes a la hora de emitir su impresión diagnóstica debiendo ser sustentado el diagnóstico en un riguroso análisis de pruebas y exploraciones sin limitar esfuerzo ninguno.

Deviene a lo dicho, existe omisión de diagnóstico por parte del médico cuando el mismo no presta de forma adecuada los servicios a los que está obligado en su relación profesional con el paciente, es decir, cuando no realiza las pruebas o no informa al paciente de la realización de todas las pruebas a las que están obligados para tener un claro conocimiento de la enfermedad. Dentro del ejercicio de la acción de *wrongful birth*, hay que entenderlo, como la falta de realización de las pruebas prenatales diagnosticadas, indicadas por los protocolos obstétricos vigentes en el momento.

Y por otro lado, nos encontramos, con la equivocación o error en el diagnóstico¹³ cuando sin examinar al paciente se establece un diagnóstico, o cuando para la emisión del diagnóstico no utilizan todos los instrumentos que suelen ser utilizados en la práctica profesional y cuando no tomen en consideración al formular el diagnóstico las eventualidades más remotas que deben ser tenidas en cuenta, tanto en el plano científico como experimental, tal y como se recogió por el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia 1184/2003 de 18 de Diciembre 2003 Rec. 766/1998, Sentencia 669/2010 de 4 Nov. 2010, Rec. 444/2007, Sentencia 344/2011 de 31 May. 2011, Rec. 128/2008.

3.2.2 Falta u omisión de información

Nos centramos aquí en el deber que tienen los médicos de informar al paciente para poder posteriormente otorgar un consentimiento informado. Es un derecho que se ha sido elevado por nuestros tribunales a rango de derecho fundamental, siendo entendido como una consecuencia necesaria del derecho a la vida, a la integridad física y moral y de la libertad de conciencia, como un deber que detenta como contrapartida el médico, siendo este el deber de información asistencial, así nuestro Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 3/2001 de 12 de enero 2001, Rec. 3688/1995, que dice, que el consentimiento informado *“constituye un derecho fundamental, precisamente una de las última aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos*, De igual manera, se ha reconocido por en la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2001 de 28 de Marzo”.

Este deber para el personal sanitario y derecho para los pacientes vienen recogido en la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y*

de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, donde en su artículo cuarto lo define como el derecho que tiene el paciente a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma. En lo relativo al deber se dirige expresamente al médico responsable de los progenitores la obligación de garantizar el cumplimiento del derecho de los pacientes a la información sobre las pruebas que se realicen durante el embarazo.

Materialmente, el deber de información asistencial le va a ser facilitado a la progenitora a través del consentimiento informado que viene a constituir presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para poder llevar a efecto la actividad médico-quirúrgica y de la obligación de medios que asume el facultativo como así expone el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1002/2005 de 21 de Diciembre 2005, Rec.1986/1999, donde el feto se encontraba afectado por síndrome de Down *“El consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento esencial de la lex artis (...) Siendo éste uno de los derechos más importantes del paciente, en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la información que por parte de los profesionales que practicaron la prueba y del Centro Hospitalario se debe de proporcionar a quien prestó su consentimiento y se sometió a ellas de todas las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto, incluso las más remotas propia y lo que va a permitir a los interesados tomar la decisión que consideren más conveniente, tanto de presente como de futuro”*. De la misma manera se pronuncia el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 837/2007 de 6 de Julio de 2007 Rec. 3036/2000, Sentencia 344/2011 de 31 May. 2011, Rec. 128/2008, afirmaba que la información es un requisito principal en la *lex artis* y en relación a los diagnósticos prenatales *“se traduce en toda la obligación que tienen los profesionales. de poner en su conocimiento toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades efectivas sobre la evolución del embarazo (...) entre otras someterse a las pruebas*.

La consecuencia directa de la falta o defectuosa información sanitaria que en virtud de la Sentencia 344/2011 de 31 May. 2011, Rec. 128/2008 la información errónea o incompleta equivale a una falta de información, va a ser la de considerar tal omisión mala praxis médica,

¹³ AITIBER EMALDI CIRION- La responsabilidad jurídica de Diagnóstico Genético Erróneo de. Universidad de Deusto. Diario La Ley, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-142, tomo 5, Editorial LA LEY 1465/2002

entendiendo que la privación de la información impide que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento y en pleno ejercicio de su autonomía la decisión que resulte más conveniente a sus intereses, en este caso, decidir la posibilidad de ejercer su derecho a abortar, quedando pues en evidencia de la importancia de que al paciente le sea facilitada una información asistencial completa y comprensible del diagnóstico y pronóstico de la enfermedad del feto, que además contenga los riesgos previsibles y posibles complicaciones que a lo largo tanto del embarazo como de su vida pueda presentarse.

3.3 Legitimación: teoría “par ricochet”

La acción *wrongful birth* es ejercida por la progenitora ya que la misma es la que ha visto lesionados sus derechos como consecuencia de la negligencia del profesional sanitario en el diagnóstico prenatal, viéndose privada de la posibilidad de decidir sobre la interrupción del embarazo dañando de esta manera su dignidad y autodeterminación, derechos recogido en el art. 10 de la CE, generando así unos daños morales y patrimoniales siendo los mismos indemnizables. Ahora bien, podemos preguntarnos qué ocurre con los demás damnificados padre, hermanos o abuelos, ¿tienen derecho los mismos a ser indemnizados por el sufrimiento o por los gastos generados por el hijo con malformaciones?

Hay que empezar diciendo que nuestra jurisprudencia y en concreto la Sala de los Civil del Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre la legitimación del padre, hermanos, abuelos o terceras personas que tenga un vínculo con el niño y se ven afectados por sus graves dolencias de forma diaria. No siendo así, por la Sala de lo Contencioso que si se ha pronunciado sobre la legitimación del padre en Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 5 de Diciembre de 2007, Rec.92/20007 “...la interrupción del embarazo constituye, en circunstancias normales, un derecho personal e intransferible de la madre (...)lo que se convierte en obstáculo para la reclamación formulada con carácter exclusivo por el padre con dicho fundamento,(...) que no hay constancia alguna del consentimiento, expreso o tácito de la madre para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil fundado en la privación de ese derecho personal e intransferible que a ella le corresponde”.

La mayoría de los autores han llegado a la conclusión de que si la Sala de lo Civil se pronunciara sobre este mismo tema adoptaría la misma solución que la Sala de lo Contencioso, donde el perjuicio deriva del daño que sufre

la madre por ser vulnerado su derecho a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad al no poder decidir sobre su vida personal y familiar privando al padre, hermanos, abuelos o cualquier otra persona que conviva con el niño de estar legitimado para el ejercicio de esta acción, por ser el aborto un derecho personal e intransferible de la mujer y por lo tanto el daño moral generado principalmente es por la privación de la facultad de abortar pues este daño no podría ser reclamado por el padre.

En Sala de lo Civil como hemos dicho aun no se ha presentado una reclamación de forma única por el padre, lo normal es que se presente por la madre o de forma conjunta, ya que como acabamos ver lo que se protege con esta acción son los intereses de la mujer, reconociéndose en las demandas presentadas de forma conjunta por los progenitores la indemnización para ambos y sin entrar a pronunciarse al efecto. Al ejercicio de esta acción de forma conjunta por los progenitores, se ha denominado por la doctrina “*reclamación del daño de rebote o par ricochet*”¹⁴, donde autores como **ROMERO COLOMA** definen esta teoría, “*como aquella reclamación o demanda cuyo fundamento no es el parentesco, si no la incidencia que la enfermedad pueda tener en la esfera personal y patrimonial de un tercero que cohabite con el hijo*”. De esta manera también se pronuncia **MARTIN CASALS** y **SOLÉ FELIÚ**¹⁵ que entendían que “*el daño del padre era extensible a través de la teoría de rebote o par ricochet, como una víctima indirecta de la privación a la mujer de su facultad de abortar*”.

Atendiendo a esta teoría las terceras personas pueden ver resarcido su sufrimiento si justifican el daño moral con argumentos distintos a los alegados por la madre en la vulneración de sus derechos, por ejemplo y tal y como expone **GALAN CORTES**¹⁶ “*se produce un daño moral directo por la falta de preparación psicológica para el nacimiento de un hijo discapacitado consecuencia de la privación de la facultad de abortar e la madre*” o **MARTIN Y CASALS**¹⁷ “*es un daño moral o sufrimiento ante la situación desvalida en que se encuentra el hijo*”.

¹⁴ MACÍA MORILLO, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de “wrongful birth” y “wrongful life”*. Valencia: Tirant lo Blanch.

¹⁵ MIGUEL MARTÍN CASALS Y JOSEP SOLÉ FELIÚ, *Comentario a la Sentencia del T.S de 7 de Julio de 2002*, Cuaderno Civitas de jurisprudencia civil nº60, Pamplona 2002

¹⁶ GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011

¹⁷ MARTÍN CASALS Y SOLÉ FELIÚ, *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)*, *Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003*, Universitat de Giron, Working Paper nº: 217 Barcelona, abril de 2004

Por lo que el daño moral del padre, hermanos o abuelos puede tener firmeza en el impacto emocional del nacimiento de un hijo con discapacidad o malformación y su incertidumbre futura, así en Sentencia de Sala Primera Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006, recurso 3337/1999, se presentó por primera vez una demanda por los padres del hijo y en representación del propio hijo y de su hija reconociendo el tribunal se indemnizó por daño morales a la hermana por el sufrimiento de convivir con su hermano, teniendo este síndrome de Down, caso parecido ocurrió Sentencia de 23 de noviembre de 2007, recurso 4469/2000.

En lo referente al daño patrimonial el padre está totalmente legitimado a ser indemnizado por los gastos generados por la discapacidad y enfermedad del hijo, como ya veremos más adelante, ya que el patrimonio del mismo se ve afectado, ya sea de forma individual o de forma conjunta con el de la madre para hacer frente a esos costes.

3.4 Relación de causalidad o nexo causal

Una de las cuestiones más controvertidas en el ejercicio de la acción *wrongful birth* es la relación o nexo causal entre el nacimiento del niño con malformación y la privación de la madre de poder tomar la decisión de ejercer su derecho a interrumpir el embarazo.

El daño a la madre se produce siempre que exista un incumplimiento por parte del médico de su obligación de información sobre las deficiencias del feto para que el paciente de forma consciente y libre decida conforme su integridad física, dignidad autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, con independencia de cual sea su decisión de abortar o no abortar, en el supuesto de haberlas conocido en el tiempo legal establecido.

De no ser así sólo las madres que tomaran la decisión de abortar podrían recibir una indemnización por los daños y perjuicios destinados a satisfacer las necesidades económicas del hijo enfermo quedando excluidas aquellas que hubieran tomado la decisión de continuar con el embarazo una vez conocida la anomalía. Como tal, decisión es única y voluntaria de su progenitora sería difícil probar que de haber sido informada adecuadamente hubiera seguido o no con el embarazo.

En las primeras reclamaciones presentadas la doctrina entendía que el médico demandado ante la imposibilidad de probar que proporcionó la información requerida a los padres, fundamentaban ante la demanda presentada por los mismo la inexistencia del nexo causal, es

decir los médicos argumentaban que la madre no hubiera tomado la decisión de abortar de tener una información correcta implantando de este modo la incertidumbre de si realmente la madre de haber tenido conocimiento de la malformación del feto en el tiempo legalmente fijado para interrumpir el embarazo lo hubiera hecho o hubiera continuado con el mismo.

Consistentes estas alegaciones en introducir un juicio hipotético argumentando que de haber actuado conforme a derecho, es decir, que de haberle proporcionado la información de forma diligente no habría abortado aunque podría haberlo hecho. Introduciéndose así, la doctrina de *“conducta alternativa conforme a derecho”*¹⁸ que venía a decir que de actuar conforme a derecho se hubiera producido el mismo resultado y en la misma intensidad y por lo tanto no sería imputable, en este caso, al médico, así lo recoge el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 669/2010 de 4 Noviembre de 2010, Rec. 444/2007 *“«conducta alternativa conforme a Derecho», según la cual un daño no es imputable a su causante si, de haber actuado el mismo conforme a derecho, se hubiera producido el mismo tipo de daño y en su misma extensión, con el efecto de trasladar la prueba a quien ha actuado de forma negligente para comprobar que la conducta desarrollada por él, comparada con su alternativa diligente, no ha incrementado el riesgo de que se produzca el daño en cuestión”*

Por contrapartida, los progenitores deberían probar que su intención al conocer el estado de salud del feto, si el resultado de las pruebas prenatales era positivo y el feto adolecía de una enfermedad o malformación acudirían a interrumpir el embarazo de forma voluntaria, encontrándonos de esta manera una prueba diabólica pues habría que atender a algo tan íntimo y personal como es la entera de juicio o voluntad interna de una persona.

De ahí, a que la Tribunales acudieran a la construcción doctrinal de la jurisprudencia estadounidense denominada *“cursos causales no verificables”*¹⁹ la cual entiende que si la madre se sometió a las pruebas y exámenes prenatales no era únicamente para conocer el estado de salud del feto si no de actuar en consecuencia conforme

¹⁸ MIGUEL MARTÍN CASALS Y JOSEP SOLÉ FELIÚ, *Comentario a la Sentencia del T.S de 7 de Julio de 2002*, Cuaderno Civitas de jurisprudencia civil nº60, Pamplona 2002

¹⁹ GALAN CORTES, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Cuarta Edición, Thomson Reuters, 2014.

²⁰ Véase el artículo de ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ, *El concepto de wrongful birth y su inherente problemática Una polémica del pasado y del presente*.

a la información obtenida. Así lo ha venido reconociendo **ANGEL YAGUEZ**²⁰ “se presume que acudir a una prueba prenatal diagnóstica tiene su razón en conocer el estado del feto, y en caso, de que este se encuentre afectado por alguna enfermedad grave, interrumpir el embarazo”. De la misma manera lo entiende **GALAN CORTES**²¹ “la circunstancia misma de que la madre acudiera al diagnóstico prenatal constituye per se un indicio suficiente significativo de que habría abortado si hubiese conocido la enfermedad del feto”.

Actualmente, atendiendo a la “doctrina del daño por falta de información” que establece que el daño se produce por la falta de información a los progenitores impidiendo que los padres puedan tomar la decisión de interrumpir el embarazo o continuar con la gestación, siéndole al profesional imputable el incumplimiento de su deber de informar conforme a la ley, que conlleva el efecto de privar a la madre de tomar la decisión de no continuar con el embarazo y por tanto genera un daño a su derecho de abortar pues de haber actuado de forma diligente informando al paciente, en este caso, a la madre de la malformación, no se hubiera producido el daño.

La diversidad de opiniones en la jurisprudencia por el nexo causal fue zanjada con Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1002/2005 de 21 de Diciembre 2005, Rec.1986/1999, al decir que la “relación de causalidad directa y negligente entre la actuación profesional del Centro Médico en el que se realizaron las pruebas y el derecho de la mujer a ser informada de una forma suficientemente clara y completa sobre el resultado del diagnóstico para que, en función de esa información, poder tomar la decisión que, según su propia y libre convicción, se ajustaba más efectivamente a su proyecto vida, como es la opción de interrumpir el embarazo, puesto que no siendo posible hasta la fecha la corrección de las anomalías cromosómicas, al no tener tratamiento posible, el hecho de haberse sometido a una prueba para el diagnóstico prenatal de las mismas, sólo tiene un sentido lógico que es el de decidir en su vista esta interrupción voluntaria del embarazo; relación que se crea con independencia de que la madre alegue su intención de abortar en lo que constituye un debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, ... al tratarse de una opción que no es posible obtener con absoluta seguridad de haber dispuesto de toda la información que fue omitida, puesto que depende sólo de la voluntad de la mujer y responde a criterios de los más variados, como señaló la STC 53/85 (LA LEY 9898-JF/0000), derivados del vínculo natural que se establece

entre la madre y el «nasciturus» o de ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales. De igual modo, lo reconoce Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 344/2011 de 31 May. 2011, Rec. 128/2008.

Como podemos ver, en la imputación de culpa de los facultativos va a ser indiferente tratar de plantear cual hubiera sido la decisión del paciente en el caso de que hubiera recibido la información precisa, ya que entienden nuestros tribunales que solo será posible obtener tal certeza de haber sido facilitada la información al paciente en el momento preciso, y es que de lo contrario, no estaríamos moviendo en el plano puramente especulativo existiendo una evidente incertidumbre causal que impide realizar una valoración a posteriori resolviéndose por tanto a través de un juicio de probabilidad.

4.- Indemnización: Daño Moral y Daño Patrimonial

Las acciones de *wrongful birth* son reclamaciones que se interponen a los profesionales sanitarios como consecuencia de su comportamiento negligente, ya sea como hemos visto, por la falta o error en el diagnóstico derivada de las pruebas genéticas que tienen la obligación de realizar, o por el incumplimiento del deber de información de los médicos, que conlleva por lo tanto, un defecto en el consentimiento emitido produciendo así el nacimiento de un bebé con anomalía o deficiencias físicas o psíquicas limitando la libertad reconocida a la madre para la interrupción voluntaria del embarazo.

La dificultad en cuanto a la determinación del daño ha sido al entender que la vida del recién nacido es en sí un daño jurídicamente indemnizable pues entra en contradicción con el derecho a la vida siendo un derecho supremo recogido en nuestra Constitución, viéndose desvalorado al considerar que el daño es el nacimiento del hijo con una malformación, por lo que se descartó automáticamente constituyéndose como principio básico de la doctrina y la jurisprudencia que el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño con independencia del estado de salud del mismo. Por ello la acción del *wrongful birth* debe fundarse en otros intereses o derechos resarcibles que se han visto lesionados por el médico. Consecuencia de ello, surgió en la jurisprudencia alemana denominada “*trennungslehr*” o “teoría de la separación”²², según la cual, es posible diferenciar la vida y el nacimiento del niño de los gastos que implica su manutención.

²² y ²³ MACÍA MORILLO, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales. Las llamadas acciones de “wrongful birth” y “wrongful life”*. Valencia: Tirant lo Blanch.

²¹ GALÁN CORTÉS, J.C. Responsabilidad civil médica, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011

Mucho autores han seguido esta línea jurisprudencial de “trennungslehre” como **MARCIA MORILLO**²³, que defendió de este modo que es posible distinguir entre el derecho a la vida y por lo tanto el nacimiento de un niño, ya sea con malformaciones o enfermedades, que genera un daño moral por el sufrimiento de los progenitores y unas cargas patrimoniales excepcionales que conlleva el nacimiento de estos niños para que su vida en el futuro sea lo más cómoda posible. Salvo, en la primera sentencia de 1997 donde el juzgador entendía que el principal perjuicio es precisamente el nacimiento de un hijo enfermo, como así dice en su fundamento tercero *“surge en el presente caso un que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo”*. La siguiente Sentencia que pretendían asentar los límites de esta acción fue Sentencia de 4 de Febrero de 1999, Rec. 2236/1994, entendía *“la doctrina Perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el síndrome de Down; lo predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño per se”*, o Sentencia de 17 de Septiembre de 2002. Rec.130/2002, que reconocía *“que el daño resarcible en ningún caso se refiere al nacimiento del hijo afectado por deficiencia, si no que entendía que el daño era la privación a la madre de la de la facultas de optar por interrumpir el embarazo”*.

De ahí, que pueda afirmarse que en la actualidad la jurisprudencia rechaza la idea de que el nacimiento del hijo con malformaciones sea considerado un daño indemnizable, así se han pronunciado a favor diferentes autores como **ALISTE SANTOS** o **ANGEL YÁGÜEZ**²⁴ el cual establece *“que el objeto de la indemnización no es el nacimiento de un niño ya que ninguna persona puede ser un daño en sí mismo, pero si considera daño los perjuicios económicos derivado del nacimiento de una persona enfermedad, que puede considerarse un menoscabo cuando la enfermedad sea desconocida por vulnerar los médicos su deber de información”*.

Actualmente, nuestra doctrina acoge que el daño es generado como consecuencia de la negligencia del médico de no informar a los progenitores en el tiempo razonable, aquel donde se prevé el ejercicio de las pruebas prenatales para identificar las malformaciones y enfermedades según la SEGO y previsto por nuestra legislación para poder ejercer el aborto en los casos previstos en la *Ley Orgánica 2/2001, de 3 de Marzo, de Salud Sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo*, y por lo tanto, la madre se no se vea privada de tomar

²⁴ ÁNGEL YÁGÜEZ, “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de *“wrongful birth”*. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores.

una decisión conforme a su voluntad. Por ello la línea jurisprudencial que ha seguido nuestros Tribunales para justificar la indemnización del daño, por un lado, entiende la privación y vulneración la dignidad personal de la madre en cuando a la autodeterminación de tomar una decisión como la perdida de oportunidad de interrumpir voluntariamente el embarazo en el plazo legalmente fijado, acompañado del daño psicológico de ver nacer a tu hijo con tal discapacidad y de que el mismo no podrá valerse por sí mismo y por lo tanto requerirá más dedicación, añadiendo de igual manera, la incertidumbre de que será del mismo en el futuro. Y por otro lado daños patrimoniales extraordinarios derivados de la enfermedad, es decir, aquellos que van dirigidos a mantener a una persona con necesidades superiores a las habituales, pues estas anomalías generan unos costes superiores para que tenga una vida lo más cómoda posible y de los que los padres no contaban pues nunca podrá valerse por sí mismo y necesitara ayuda, así lo se definió por primera vez en la Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1002/2005 de 21 de Diciembre 2005 y recogido posteriormente en Sentencia como la Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 344/2011 de 31 May. 2011, Rec. 128/2008, el daño *«es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable -daño moral-, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales -daños patrimoniales- teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad”*, o de igual manera en Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de Marzo de 2012.

Con ello, la determinación de la cuantía de la indemnización se realiza en función de las circunstancias concurrentes y especiales de cada caso, habida la inexistencia de parámetros que permitan valorar de forma económica el sufrimiento en que el mismo consiste.

4.1 Daño por falta de información

Partiendo de la base de que al médico o profesional sanitario le es imputable el falso

negativo derivado del error u omisión de información del resultado del diagnóstico y como resultado los progenitores tiene una desinformación o defecto de información²⁵ sobre el estado de salud del feto, lesionando de este modo el derecho de los progenitores a ser informados.

La jurisprudencia y doctrina más reciente recoge que el bien jurídico protegido es el derecho de todo paciente a ser informado,²⁶ que genera a su vez otro daño al derecho de abortar, así como el daño moral generado por el impacto que sufren los padres por las anomalías o deficiencias de su hijo en el momento de su nacimiento, pues desde el inicio pensaban que el feto venía bien, pudiendo haberse preparado psicológicamente de haberlo sabido con anterioridad. De tal manera, que la desinformación producida por el falso negativo lesiona el deber de información que a su vez daña los intereses de la mujer por ser privada de la posibilidad interrumpir el embarazo con independencia de la decisión de abortar o no que hubiera tomado de tener conocimiento de las anomalías del feto en el periodo fijado para ello. La información no es por si el daño si no que es un daño por el efecto que produce, que en este caso, es la privación de la facultad de decisión de los progenitores que emana de la autodeterminación y autonomía de la voluntad de las personas.

Así lo ha venido recogiendo Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1002/2005 de 21 de Diciembre 2005, Rec.1986/1999, Sentencia 837/2007 de 6 de Julio de 2007 Rec. 3036/2000, que viene a decir "(...) puede considerarse que la falta de información constituye un hecho negligente que, en caso de confirmarse el nacimiento con la expresada anomalía, causa daño a la madre por privarla de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, en circunstancias que afectarán profundamente a la suya en todos los sentidos (...)".

4.2 Daño moral

Dentro del desconocimiento por falta de información consecuencia de los diagnóstico prenatales erróneos, los progenitores sufren un daño moral por no haber podido prepararse

psicológica o económicamente frente al nacimiento de un niño discapacitado.

Cuando los progenitores tienen conocimiento en el momento del parto del estado de salud del hijo experimentan una serie de sentimientos en la esfera anímica del progenitor ante el falso negativo, identificando la angustia, incertidumbre, dolor y falta de preparación psicológica como daño moral. Así lo reconoce GALAN CORTES²⁷ "que la falta de preparación psicológica de los padres deben ser indemnizarse, por las consecuencias morales que supone".

Hay tres tipos de forma de considerar el daño moral²⁷:

1. El daño moral entendido como el desazón, consternación y carga que acarrea la subsistencia del descendiente que sufre un padecimiento incurable, estado de frustración, ansiedad y depresión causado a los progenitores por el nacimiento de un hijo que creían sano.
2. Sentimiento de sorpresa, frustración, rechazo, malestar, pues si hubieran sido informados de forma correcta podrían haber optado por no concebir o por interrumpir el embarazo;
3. Estrés, trauma psicológico de los padres después del nacimiento por no haber recibido con antelación la información necesaria para proveer las exigencias del hijo.

El autor ÁNGEL YÁGÜEZ²⁹ "complementa esta idea de los sufrimientos, al calificar el daño moral como una aflicción que sufren unos padres por un hijo gravemente enfermo, aquejado de una dolencia irremediable". Considero que este aspecto concreto debe tener un especial relieve en la valoración del daño moral, ya que una afección irreparable es una práctica condena al sufrimiento y la ausencia de toda esperanza de mejora.

La cuantificación³⁰ del daño moral es lo que más problemas ha traído a la hora de pedir

²⁵ y ²⁶ MACÍA MORILLO, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de "wrongful birth" y "wrongful life"*. Valencia: Tirant lo Blanch. PAÑOS PEREZ, ALBA "Responsabilidad civil medica por wrongful birth y wrongful life", Universidad de Almería. Diario la Ley, N°8396, Sección Doctrina, 10 de Octubre de 2014, año XXXV. Editorial LA LEY.

²⁷ GALÁN CORTÉS, "Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007", página 237, cit., nota

²⁸ PAÑOS PEREZ, ALBA "Responsabilidad civil medica por wrongful birth y wrongful life", Universidad de Almería. Diario la Ley, N°8396, Sección Doctrina, 10 de Octubre de 2014, año XXXV. Editorial LA LEY

²⁹ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, "Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)

³⁰ En Sentencia de 4 de Abril de 2000 de la Sala de lo Contencioso Administrativo en REc 8065/1995, aplican el baremo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Vehículo a motor de forma orientativa para determinar la cuantía del daño moral

determinadas cantidades en las reclamaciones, el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 481/2006 de 18 May. 2006, Rec. 3337/1999 declaró que *“la determinación de la cuantía por indemnización por daños morales, debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral es esencialmente consiste.*

Viene manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación del sufrimiento que se ha causado, lo que lleva a determinar que la cuantía de la indemnización apreciando la circunstancias concurrente, haciendo referencia a sentencias como 37 de Mayo de 1983, 28 abril de 2005, 10 febrero de 2006” del igual manera se pronuncia Sentencia del Tribunal Supremo de 31 Mayo 2011.

4.3 Daño patrimonial

El daño patrimonial aunque tradicionalmente ha sido excluido de nuestro ordenamiento ya que en Sentencia de 1997 no hizo referencia a los daños patrimoniales de forma directa, si es cierto, que la jurisprudencia posterior ha hecho en multitud de ocasiones referencia al mismo contemplándolo como el perjuicio económico, que sufren los padres al enfrentarse al desembolso que genera una anomalía o discapacidad.

Dentro del perjuicio patrimonial encontramos el llamado *“daño por imprevisión económica”*³¹, este daño consistente en la creencia de que el feto se encuentra en un buen estado de salud hasta el momento de un nacimiento, momento en el que los progenitores tiene conocimiento de las afecciones que eran desconocidas, incluidos aquellos casos en que desconoce el estado del feto hasta unos días previos o instantes antes del parto, consecuencia de la falta de información o desinformación sufrida a los padres por parte de los facultativos. De tal manera, que los padres sin reponerse de la impresión, sufrimiento y dolor por el estado de su hijo deben de realizar todas las actuaciones pertinentes para cubrir las necesidades imprevistas de su hijo causándole un perjuicio económico real debiendo este ser indemnizado. Ponderando la previsión

económica de la indemnización atendiendo en función de la lejanía o cercanía en los que los padres tuvieron conocimiento.

Por otro lado, conlleva unos importantes gastos³² que deben ser desembolsados a los padres durante parte de la vida del hijo o de por vida dependiendo de la deficiencia que tenga, pues puede ser que el niño nazca una enfermedad la cual necesite ayuda y capacidad de terceras personas toda o parte de su vida, o puede que la anomalía sea menor necesitando ayuda de prótesis o de terceros para realizar determinadas tareas, lo que no limita, su capacidad para realizar determinados trabajos a lo largo de su vida y por lo tanto ser económicamente independientes.

La indemnización patrimonial tiene como finalidad resarcir los daños generados a los padres cuando los mismos pensaban que iban a tener un hijo sano y como consecuencia de la negligencia médica, la madre no pudo decidir sobre la interrupción del embarazo por encontrarse fuera del plazo legalmente establecido para ello, abocando al nacimiento de un hijo con problemas de salud. Ahora bien, ¿qué daños patrimoniales podemos considerar como indemnizable?, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera indemnizables los perjuicios económicos derivados de la enfermedad, dejando fuera los gastos normales de alimentación y crianza del hijo, así lo estableció la Sentencia de 21 de diciembre de 2005 *“ante un embarazo voluntario en que el niño no presenta un daño más allá del que comporta ese plus que resulta de la discapacidad”*, de igual manera, así lo han venido diciendo las Sentencias de 20 de Marzo de 2012 o 27 de octubre de 2010, de tal manera, que reconocen que se indemnizan los costes extraordinarios que tengan que ver con la discapacidad del niño, excluyéndose aquellos propios que tienen todos los padres cuando el niño nace sano. De acuerdo con esta afirmación se ha pronuncia **NAVARRO MICHEL**³³ al señalar *“lo indemnizable solo es el plus que resulta de la discapacidad, los gastos que derivan de la enfermedad o discapacidad del hijo no incluyen los gastos ordinarios de alimentación ya que, por sus características, el deber legal de alimentos (su carácter personalísimo, recíproco, indisponible e irrenunciable) no puede ser objeto de tráfico jurídico”*.

Entonces ¿qué consideramos daños patrimoniales extraordinarios?, según **SALAS**

³¹ y ³² GALAN CORTES, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Cuarta Edición, Thomson Reuters, 2014. PAÑOS PEREZ, ALBA *“Responsabilidad civil medica por wrongful birth y wrongful life”*, Universidad de Almería. Diario la Ley, N°8396, Sección Doctrina, 10 de Octubre de 2014, año XXXV. Editorial LA LEY

³³ NAVARRO MICHEL, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005”, Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 60.

³³ M. NAVARRO MICHEL, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005”.

DARROCHA³⁴, se refiere a los tratamiento médicos, intervenciones quirúrgicas, asistencia hospitalaria, centros especializados en estimulación precoz, rehabilitación, adaptación del hogar el transporten asistencia en el centro escolar, programas de integración educación especial, el salario de la persona que lo atienda, de ser los progenitores etc.

No solo entran dentro del daño patrimonial los gastos generados directamente de la discapacidad ya sean sanitarios, de asistencia o crecimiento personal, sino que se incluyen de igual manera, el lucro cesante pues puede ocurrir que los padres tengan que abandonar el trabajo o reducir las jordanas para el cuidado del niño, encontrándonos ante una pérdida de beneficios económicos que sufren los progenitores.

Quedan por lo tanto fuera aquellos gastos regulados en los artículos 142 y 143 del Código Civil pues es una obligación inherente a la paternidad recogida en el artículo 151 del Código Civil, son una obligación personalísima de los progenitores e intransferible y por lo tanto no pueden ser reclamados a terceros o a los centros médicos.

El problema en este apartado, se encuentra en la determinación de las cantidades de los daños patrimoniales extraordinarios, la jurisprudencia requiere que el daño sea cierto, es decir, que exista y que puedan valorarse de forma razonada, incluyéndose los gastos futuros siempre que los mismos sean ciertos, el problema entonces los encontramos, en aquellos gastos que sean hipotéticos o inciertos y por lo tanto difícilmente valorables por su incertidumbre, por ejemplo la determinación y acreditación del lucro sobre todo en lo relativo al trabajo futuro, y de los medicamentos o asistencias médicas extraordinarias por las enfermedades que a su vez genera otros gastos no pudiendo ser los mismos evaluables en el momento de determinar la indemnización.

Por lo tanto, el juez deberá valorar estos gastos inciertos o futuros, en virtud, de las circunstancias de cada caso.

4.4 Pérdida de oportunidad: "perte d`une chance"

Hay parte de la doctrina y algunas Sentencias de la Audiencia Provinciales que entiende que el daño sufrido por la madre consiste en la pérdida de oportunidad de decidir libremente si abortar o no, siguiendo de esta manera la doctrina francesa de la "perte d`une chance" o la inglesa "loss of s wrongful birth"³⁵ donde afirma que el daño es la privación de un determinado resultado beneficioso que no se puede acreditar

como certero sino aleatorio, pues no deriva de la actuación del sujeto, en este caso, el suceso favorable para la víctima es el ejercicio del aborto que debería ser aleatorio y causal sin que el mismo pueda depender de la voluntad de la madre.

En la acción que estamos tratando es prácticamente igual pues el feto tiene una enfermedad o anomalía que no se conoce hasta el momento del nacimiento, consecuencia de la negligencia de los facultativos derivada de la omisión de información a pesar de que la misma podría haber sido diagnosticada a lo largo del periodo gestante³⁶, y en caso de haber tenido una información certera tomar la decisión de continuar o no con el embarazo y por lo tanto haber evitado las consecuencia del nacimiento de un niño con enfermedades o malformaciones, tales como los daños morales de dolor y desazón y gastos patrimoniales extraordinarios.

Ahora bien, atendiendo a la teoría de perte d`une chance ¿se puede considerar una verdadera pérdida de oportunidad la posibilidad de que la madre decida interrumpir o no el embarazo?, como hemos dicho la doctrina entiende que para que exista una pérdida de oportunidad y por lo tanto no hacer frente al nacimiento y a los gastos que se derivan no depende de un evento al azar o ajeno a su control, si no a la decisión de la madre.

Hay dos vías doctrinales³⁷ que se ha pronunciado en relación a la pérdida de oportunidad en el ejercicio de la acción de *wrongful birth*;

Un sector de la doctrina se ha pronunciado favorablemente en la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad entendiendo que es consecuencia de la negligencia médica, pues el médico dada su conducta negligente ha privado a los padres de la posibilidad de decidir no llevar el embarazo a término, **VIVAS TESÓN** y **N. LENOIR**³⁸ sigue esta corriente doctrinal, pues entiende que la pérdida de oportunidad se encuentra en la pérdida de los progenitores en la toma de decisión voluntaria, tanto de someterse a la pruebas para

³⁵ MARTIN CASALS y SOLÉ FELIÚ- Comentario a la sentencia de Tribunal Supremo de 7 junio de 2002

³⁶ ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ, el concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática Una polémica del pasado y del presente

³⁷ ELIZARI URTASUM, LEYRE *El daño en las acciones wrongful birth y wrongful life/ Premio derecho y salud 2009/ dialnet*

³⁸ VIVAS TESÓN, "Responsabilidad médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis Jurisprudencial", y, N. LENOIR, "Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal: el Derecho y las prácticas vigentes en Francia y otros países.

conocer el estado del feto como para interrumpir el embarazo, tal y como entienden otros autores en la defensa del nexo de causalidad, dejando de lado la incertidumbre de la decisión que pueda tomar la madre en su momento y centrándose en la actuación de la misma, pues al someterse a las pruebas tiene como finalidad conocer la salud del bebe, siempre que los mismos fueran informados de estos extremos para que en el plazo legamente fijado para ello ejerzan su derecho a abortar o continuar con el embarazo. No pudiendo de tal manera, decidir sobre el futuro de su hijo consecuencia de la falta de información que provoca que el paciente sea incapaz de tomar una decisión coherente con sus principios, provocando una vulneración de la dignidad de las personas. **DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ**³⁹ lo entiende de igual manera, al decir, *“que el único daño indemnizable en esta idea es precisamente la pérdida de oportunidad, traducida en arrebatar cualquier posibilidad de decisión a la madre del nasciturus enfermo”*.

Otro sector de la doctrina en cambio, no reconoce la posibilidad de aplicar la teoría de la perdida de oportunidad en esta acción, tales como **MARTÍN CASALS** y **SOLÉ FELIÚ**⁴⁰ que critican el concepto de oportunidad, entendiendo *“que la única perdida de oportunidad radica en el azar, elemento que no se encuentra en la figura de wrongful birth al mediar la voluntad de la madre, por lo que el daño en ningún caso puede verse afectado por la voluntad del paciente”*. De este modo, el elemento principal de la perdida de oportunidad es el azar o la suerte requisitos que no encontramos en la acción ejercitada, ya que se encuentra en la voluntad de la madre relativa en tomar una decisión interna de seguir o continuar con el embarazo o interrumpirlo⁴¹.

En una línea intermedia se sitúa **NAVARRO MICHEL**⁴², al decir *“que la perdida de oportunidad no se encuentra en la dilucidar* entre abortar o no si no en la limitación o imposibilidad de decisión de la progenitora, como consecuencia del factor de azar como elemento ajeno a su voluntad”*.

³⁹ DIAZ PICAZO GIMÉNEZ *“La posibilidad de abortar: un supuesto mas de responsabilidad civil” LA LEY Año XIX núm. 4562, 15 Junio 1998*

⁴⁰ MARTÍN CASALS Y JOSEP SOLÉ FELIÚ, *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)* Indret, Barcelona 2004

⁴¹ ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ, *el concepto de wrongful birth y su inherente problemática Una polémica del pasado y del presente*

⁴² NAVARRO MICHEL, *“Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005”*, Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 60

Como podemos ver, hay una variedad de opiniones esperando que el Tribunal Supremo se pronuncie al respecto, aun así, encontramos sentencias de las Audiencias Provinciales que recogen la aplicación de la pérdida de la oportunidad en la determinación del nexo causal, tales son, la Audiencias Provinciales⁹⁷ de León de 15 septiembre 1998 y Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1ª, Sentencia de 17 Septiembre de 2002 , Rec. 130/2002 que vienen a decir *“el «daño» en este caso es solo --pero lo es-- la «pérdida de oportunidad» o, como lo denomina la doctrina francesa, la perte d'une chance: «el daño sufrido --se dice-- no es el nacimiento de un hijo, sino la pérdida de la posibilidad de someterse a otra prueba médica y, dependiendo de su resultado, decidir si abortar dentro de los límites temporales establecidos por la ley»*. Ahora bien, con este segundo enfoque la cuestión radica en determinar qué criterio ha de utilizarse para valorar o cuantificar este daño referido a la innegable realidad de que la mujer se ha visto privada de una «opción o, dicho en términos más técnicos, ha perdido «una oportunidad», lo que introduce un elemento de juicio por el que el Tribunal puede acomodar el montante de su condena doctrina de la «pérdida de oportunidad», suscitará los reparos del juicio salomónico y las aprensiones sobre posible falta de seguridad jurídica por la considerable participación de la subjetiva apreciación de cada juez”

Si es cierto que la jurisprudencia ha calificado el derecho o la facultad de abortar, no como el bien jurídico protegible, si no como la perdida de oportunidad de decidir, si interrumpir voluntariamente el embarazo o por el contrario seguir en el mismo hasta el fin, conllevando indudablemente las consecuencias futuras tras su nacimiento.

5.- Conclusiones

Una vez analizado el estudio de esta acción, lo primero que he podido ver es la dificultad de tratar un tema que tiene como principios rectores la vida y la dignidad de las personas, influenciado desde el principio, por las convenciones éticas e ideológicas que plantean la cuestión jurídica relativas al valor de la vida humana, provocando una pérdida de objetividad en el ejercicio de la reclamación, pues debería ser únicamente una cuestión jurídica, en cambio, supone un difícil reto a la hora de exponer sus diferentes elementos de la acción en atención a las distintas opiniones en cuanto a la justificación del ejercicio del *wrongful birth*, hecho que ha provocado que haya profundizado más en la materia.

He podido estudiar una parte concreta de la responsabilidad civil médica, que para mí, es una

cuestión muy importante en nuestros días, pues estamos hablando del derecho a la vida y de las distintas formas relativas a su interpretación y de un derecho tan conflictivo como es el aborto y su influencia en el mundo, así como los derechos de los pacientes y los deberes de los médicos. Como ya expuse, en la introducción, algunos años atrás era impensable la idea de reclamar judicialmente una indemnización para resarcir el nacimiento de un hijo con anomalías o enfermedad, surgiendo esta pretensión a raíz del reconocimiento de todos los pacientes a disponer de una información por parte de los profesionales sanitarios adecuada y veraz y sobre la que pueden decidir si interrumpir o continuar con el embarazo.

Puedo decir y afirmar que el análisis y estudio de las wrongful actions y en concreto la wrongful birth expuesta en este trabajo no ha sido fácil, en primer lugar por lo reciente que es la materia, en segundo lugar por la escueta y breve jurisprudencia que existe, pues como ya sabemos la primera sentencia del Tribunal Supremo en analizar el “*nacimiento injusto*” fue en 1997, la falta de jurisprudencia al respecto provocó que no existiera una jurisprudencia asentada con la que poder tener unas bases para el ejercicio de la acción, lo que ha dado lugar a un tercer problema como son las distintas líneas doctrinales totalmente contradictorias. Si es cierto, que desde las Sentencias de 2005 y 2007 se ha arrojado luz al respecto en determinados aspectos de la acción de *wrongful birth*, en relación al nexo causal y el daño que han seguido las posteriores sentencias, lo que ha provocado que apareciera un pequeño cauce que establezca una unificación en la base de la acción.

Igualmente debe quedar claro que el ejercicio de estas acciones no se justifica en meras cuestiones éticas a la hora de entender la vida del hijo como un daño, hecho que colisiona con el derecho a la vida, pues la alternativa de vivir con una enfermedad es no nacer. Esta idea de apreciar el daño para mi entender es absurda, dado que todo el mundo tiene derecho a vivir sea o no con malformaciones y no por el hecho de nacer con una anomalía supone en sí un detrimento, ni mucho menos, si no que a mi parecer y así ha venido admitiendo igualmente la jurisprudencia más reciente, entiendo que el daño que se pretende resarcir con esta acción es la vulneración del derecho de la mujer tanto en los relativos a la dignidad, y a la libertad que tiene todo los seres humanos en decidir sobre una determinada situación, derivada de la vulneración del derecho de todo paciente a ser informado sobre las distintas opciones, perdiendo todas las posibilidad de autodeterminación en la elección a continuar o no con el embarazo.

En mi opinión si existe una pérdida de oportunidad, aunque cierta doctrina sea reticente, donde el daño es el generado como consecuencia de la falta de información del médico y que conlleva la privación de la posibilidad de la madre a decidir conforme el derecho al aborto, siendo el daño por lo tanto, el efecto de que el paciente no reciba la información correcta, no de la voluntad de la madre. Derivado de la pérdida de poder acudir al aborto genera unos perjuicios morales aparejados al nacimiento de un hijo con una enfermedad, pero no por el hecho mismo del nacimiento, y perjuicios económicos que no son los propios que genera un niño sano y que derivan de la obligación de alimentos que tienen los padres.

Para finalizar decir, que con el trabajo he pretendido describir la situación actual del ejercicio de la acción *wrongful birth* desde un punto de vista jurídico y personal tras haber estudiado y analizado el tema, y con ello adquirir conocimientos sobre la materia relativamente desconocida y compartirlo con vosotros, para tener una visión más amplia y desarrollada de las reclamaciones por “*nacimiento injusto*”.

Bibliografía:

ÁNGEL YÁGÜEZ, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)”,

DIAZ PICAZO GIMÉNEZ “*La posibilidad de abortar: un supuesto mas de responsabilidad civil*” LA LEY Año XIX núm. 4562, 15 Junio 1998

ELIZARI URTASUM, LEYRE “*El daño en las acciones wrongful birth y wrongful life*” Premio derecho y salud 2009/dialnet

EMALDI CIRION AITIBER- *La responsabilidad jurídica de Diagnostico Genético Erróneos*, Doctora en derecho. Universidad de Deusto. Diario La Ley, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-142, tomo 5, Editorial LA LEY 1465/2002

GALAN CORTES, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Cuarta Edición, Thomson Reuters, 2014.

GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.

GARRIGA GORINA, MARGARITA- *Negligencia en el diagnóstico prenatal, Comentario a la Sentencia de 7 de Junio de 2002*, Working Paper nº: 155, Barcelona, julio de 2003 www.indret.com

GARRIGA GORINA, “Negligencia en el diagnóstico prenatal. Comentario a la STS, 1ª, 7.6.2002”, *Indret*, núm. 3, 2003

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, *El consentimiento informado y la responsabilidad civil médica*

MARCIA MORILLO, ANDREA- *La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth wrongful life*, Madrid Septiembre 2003

MACÍA MORILLO, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de "wrongful birth" y "wrongful life"*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MARTÍN CASALS Y JOSEP SOLÉ FELIÚ, *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)* Indret, Barcelona 2004

MARTÍN CASALS Y JOSEP SOLÉ FELIÚ, *Comentario a la Sentencia del T.S de 7 de Julio de 2002*, Cuaderno Civitas de jurisprudencia civil nº60, Pamplona 2002

MARTÍN CASALS Y SOLÉ FELIÚ, *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)*, *Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003*, Universitat de Giron, Working Paper nº: 217 Barcelona, abril de 2004

NAVARRO MICHEL, *"Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005"*, Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 60.

PACHECO JIMENEZ, M^º NIEVES -*Acciones wrongful birth y wrongful: una controvertida vía de responsabilidad civil medica*, Área de derecho civil, Universidad de Castilla - La Mancha

PANTALEÓN PRIETO, A.F. (1990). *Causalidad e imputación objetiva: criterios*

de imputación. En Centenario del Código civil, Vol. II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces

PAÑOS PEREZ, ALBA *"Responsabilidad civil medica por wrongful birth y wrongful life"*, Universidad de Almería. Diario la Ley, N^º8396, Sección Doctrina, 10 de Octubre de 2014, año XXXV. Editorial LA LEY

REGLERO CAMPOS, L. F., *«El nexa causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas»*, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2.^a ed., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003.

ROMERO COLOMA, AURELIA MARIA *Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)* Abogada Doctora en Derecho

ROMERO COLOMA, AURELIA MARIA *La medicina ante los derechos del paciente*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2002.2600 .Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.^º

VICANDI MARTÍNEZ, ARANTZAZU- *El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente. R.E.D.S. núm. 3. Septiembre-diciembre 2013 ISSN 2340-4647*





Responsabilidad por incumplimiento de contrato de alarma de seguridad. ¿Puede aplicarse la doctrina de la pérdida de oportunidad?

Fernando Gómez Hervás
Abogado

Sumario

I. Introducción.

II. El contrato de seguridad, vigilancia y alarma. Contenido típico, y sujetos intervinientes

1. Contenido obligacional y naturaleza jurídica
 - 1.1 Obligaciones y funciones de la prestadora del servicio
 - 1.2 Naturaleza jurídica según el Tribunal Supremo Sujetos intervinientes
 - 1.3 Obligaciones del contratante, arrendatario del servicio.
2. sujetos intervinientes
 - A.- Empresa de seguridad privada.
 - B.- Arrendatario del servicio de alarma de seguridad.

III. Prestación defectuosa del servicio: carga de la prueba.

1. Incumplimientos contractuales de la prestadora del servicio.
2. Carga de la prueba.

IV. La responsabilidad contractual de la empresa de seguridad:

- A) Cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad. Validez y eficacia.
- B) Carga de la prueba del daño (bienes robados, dañados, etc.)
- C) Nexos de causalidad entre el defecto en la prestación del servicio y el daño finalmente sufrido:
 - 1- La concurrencia de culpas entre contratista y prestatario.
 - 2- La moderación ex art. 1103 CC.
 - 3- La aplicabilidad de la figura de la pérdida de oportunidades como modo de moderar la responsabilidad por el daño final.
 - 3.1.- Aproximación al concepto, definición y elementos por la doctrina y la jurisprudencia sobre la pérdida de oportunidades.
 - 3.2.- Aspectos que permitirían su toma en consideración por los Tribunales.
- D) Prescripción de la acción.

V. La intervención de las Aseguradoras

VI. Valoración jurisprudencial y conclusiones.

Bibliografía.

Este artículo se basa en mi Trabajo de Fin de Máster en Responsabilidad Civil, 3ª edición, de la Universidad de Granada, organizado por la FEJ de esa Ciudad. Agradecimientos: a mi tutor el Ilmo. Sr. D. MIGUEL PASQUAU LIAÑO sus sabios y expertos consejos, y por ser fuente de inspiración, a los directores y todo el claustro de profesores del Máster. A Ana por su cariño, paciencia y comprensión, y a mis padres por todo.

I.- Introducción.

En el presente trabajo se intentará estudiar el recorrido habitual hasta llegar al montante indemnizatorio que se reconoce en los casos en que hay una prestación defectuosa del servicio de sistemas y dispositivos de alarmas de seguridad e interviene un tercero ajeno, que es el causante directo del daño –el ladrón– que materialmente produce la intrusión, los daños y las sustracciones de bienes. Se trata de aproximarse al contenido del contrato y su finalidad relacionándolo con la influencia del incumplimiento contractual en la relación de causalidad y en el criterio de imputación de la responsabilidad, la interpretación que de ello está haciendo la jurisprudencia y los contornos legales que delimitan este tema en varias vertientes.

El tema es poliédrico y transversal, porque, si bien, el núcleo central es la relación de causalidad cuando se produce un fallo de funcionamiento de la alarma de seguridad, la responsabilidad de la empresa prestadora del servicio y su graduación en función de la certidumbre o incertidumbre causal, en estos supuestos entran en juego otros aspectos y factores relacionados que serán tratados y comentados.

II.- El contrato de seguridad, vigilancia y alarma. contenido típico, y sujetos intervinientes.

1.- Contenido obligacional y naturaleza jurídica.

Su contenido, regulación y desarrollo se conforma en base, de una parte, a la construcción jurisprudencial sobre las bases de lo que regula el Código Civil para los contratos de arrendamientos de servicios, arts. 1254, 1542 y 1544, y de otra, a la normativa administrativa especial o sectorial sobre seguridad privada, la Ley 5/2014, de 4 de abril de Seguridad Privada (LSP 2014, en adelante) que vino a derogar la anterior Ley 23/1992, de 30 de julio con la misma denominación (en adelante LSP 1992). **ITURMENDI MORALES**, realizó

un estudio más centrado en la antigua LSP de 1992 y en la RC de las empresas de seguridad privada¹

1.1 Obligaciones y funciones de la prestadora del servicio.

La regulación sectorial actual se contiene, como se ha dicho, en la *LSP 2014*, como Ley especial que deroga la anterior LSP 1992, que fue desarrollada por el Reglamento de Seguridad Privada aprobado mediante R.D. 2364/1994, de 9 de diciembre. Esta normativa es esencialmente de carácter administrativo y sirve para definir y delimitar las actividades que son de seguridad privada, las personas y entidades autorizadas a desarrollar esa actividad, el régimen de las empresas, personal y de autorizaciones para su desarrollo, el registro, supervisión y control del ejercicio. En su momento, la LSP de 1992, supuso una novedad legislativa que procuró integrar en un solo texto legal diversa normativa dispersa. En relación con el objeto de este trabajo, como elemento que influya en la existencia de falta de cumplimiento contractual, era escasa la consideración de infracciones dentro de esta actividad: Infracción grave art. 22.2.h) No transmitir a los servicios policiales las señales de alarma que se registren en las centrales privadas, hacerlo con retraso injustificado o comunicar falsas incidencias. E infracción leve en el art. 24 de la LSP 1992.

El concepto seguridad privada, sus actividades y servicios se definen en el artículo 2, de la LSP 2014. En los apartados señalados con las letras a), f) y g) del artículo 5.1 de la vigente LSP 2014, se definen las actividades que van a ser objeto de estudio en este trabajo. El Artículo 47 de la LSP, trata de los Servicios de gestión de alarmas.

Por su parte el artículo 52.1. b) reconoce las de seguridad electrónica y alarmas como medidas de seguridad. Y en el nº 2 del art. 52 se autoriza la regulación reglamentaria de las características, elementos y finalidades de las medidas de seguridad que deberán contar con la evaluación de los organismos de certificación acreditados. En el RSP de 2014 se regulan las alarmas, sus centrales y su funcionamiento en los artículos 42 a 51.

La SAP de Alicante, ponente **SOLER PASCUAL**,

¹ Ver artículo en "Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, ISSN-e 1887-7001, Nº. 46, 2013, págs. 23-48.

23/10/2014, ROJ: A 3037/2014² cita como requisito reglamentario de elaborar y entregar un proyecto acorde al lugar del servicio previamente a la instalación del sistema.

Es importante destacar que se exige la formalización por escrito de los contratos sobre actividades de seguridad privada debiéndose comunicar a la Administración, en el plazo de tres días y previo a su inicio, (artículo 13 LSP 2014, art. 6 LSP 1992).

1.2 Naturaleza Jurídica Según El Tribunal Supremo:

Hay una única Sentencia del Tribunal Supremo que lo ha tratado, la del 21 de febrero de 2011, sección 1ª, Ponente Excmo. Sr. Gimeno-Bayón Cobos Roj: STS 1678/2011), en su fundamento de derecho décimo³ y otra STS de 6 de mayo de 2002, ROJ 3161/2002 que trata el tema.

² Dice la sentencia en su FD 3º: “ Nos referimos al artículo 42-2 de la citada norma donde se dispone lo siguiente: « En los supuestos de instalación de medidas de seguridad obligatorias, en empresas o entidades privadas que carezcan de departamento de seguridad, o cuando tales empresas o entidades se vayan a conectar a centrales de alarmas: a) La instalación deberá ser precedida de la elaboración y entrega al usuario de un proyecto de instalación, con niveles de cobertura adecuados a las características Arquitectónicas del recinto y del riesgo a cubrir, de acuerdo con los criterios técnicos de la propia empresa instaladora y, eventualmente, los de la dependencia policial competente, todo ello con objeto de alcanzar el máximo grado posible de eficacia del sistema, de fiabilidad en la verificación de las alarmas, de colaboración del usuario, y de evitación de falsas alarmas. b) Una vez realizada la instalación, las empresas instaladoras efectuarán las comprobaciones necesarias para asegurarse de que se cumple su finalidad preventiva y protectora, y de que es conforme con el proyecto Contratado y con las disposiciones reguladoras de la materia, debiendo entregar a la entidad o establecimiento usuarios un certificado en el que conste el resultado positivo de las comprobaciones efectuadas «.

³ “72. Carente de regulación específica en nuestro ordenamiento, el arrendamiento de servicios de vigilancia y alarma debe calificarse como contrato de medios que exige del prestador del servicio desplegar la actividad estipulada con la diligencia propia de un profesional del sector en el que despliega su actividad - lex artis ad hoc-, pero no garantiza el resultado o fin perseguido por aquella prestación, pudiendo afirmarse en línea de principios que deviene imposible garantizar la seguridad absoluta de los bienes protegidos ante el posible despliegue de medios sofisticados y la constante evolución del estado de la técnica para la superación de las medidas de vigilancia y control. 73. En el caso objeto de decisión en virtud del contrato de arrendamiento de servicios de seguridad la empresa de alarmas se compromete, no a evitar la posible comisión de robos en el inmueble protegido, pero sí a responder del normal funcionamiento del sistema que con carácter previo examinó y consideró apropiado para el fin perseguido -evitar la sustracción de mercancías de un elevado valor y fácil colocación en el mercado-...”

Sobre la naturaleza del contrato, también Sentencia de 5/06/2009 de la Audiencia Provincial de Valencia, S. 7ª; SAP de Madrid, S. 21 de 31/03/2009; SAP de Madrid, S. 9ª, de 20/10/2011; de la misma Audiencia y sección de fecha 11/03/2011; la SAP de Barcelona, S. 19ª, de 10/12/2015 (Roj: SAP B 13140/2015)⁴ que a su vez cita otra de la Audiencia Provincial de Madrid de 13/06/2013, S. 10ª (ROJ: SAP M 10415/2013), SAP de 29/01/2015⁵ “Efectivamente, como ya pusiera de manifiesto esta A.P. Sección 11ª, en Sentencia de 30/06/2011, Rollo 52/11, citando la de 29/04/2010, Recurso: 670/2009, y la dictada el 6/06/2007, Rollo 734/06, citando la Sentencia de la A.P. de Barcelona de 30/12/2004 , en caso similar naturaleza al aquí enjuiciado, [“...el contrato suscrito por las partes es un contrato de arrendamiento de servicios y no de obra, y ello en base a criterios doctrinales aceptados en jurisprudencia del Tribunal Supremo (S. 4.2.1950, entre otras...)”], y SAP de Asturias de 10 de octubre de 2014.

1.3 Obligaciones del contratante, arrendatario del servicio:

Las obligaciones del arrendatario o contratante del servicio básicamente son dos: 1) pagar el precio, tanto el convenido para la instalación del equipo o dispositivo de seguridad y alarma, como el de las cuotas periódicas por recibir la prestación del servicio; y 2) el cumplimiento de las revisiones preceptivas de los sistemas o medidas de seguridad obligatorias que tengan instalados, ex artículo 59.2 a) de la LSP 2014.

Además de esas obligaciones contractuales y legales, corresponden otras obligaciones al arrendatario del servicio de seguridad y alarma para que éste pueda ser prestado con efectividad, idoneidad y la debida diligencia por quien está obligado a ello: 1) Activar o conectar el aparato o dispositivo de alarma instalado⁶. 2) comunicar a la prestadora cualquier incidencia detectada que pueda alterar o disminuir el correcto funcionamiento del dispositivo, so pena de aplicarle culpa en concurrencia o exclusiva por ello en caso de robo o intrusión⁷. 3) Mantener conservado y en buen estado

⁴ Ver F.D. tercero: “En virtud de contrato de arrendamiento de servicios de seguridad concertado, JARC, se comprometía, no a evitar la posible comisión de robos, sino a responder del normal funcionamiento de un sistema de seguridad, consistente en una alarma de robo con conexión telefónica con la Central receptora de alarmas; con una finalidad esencialmente preventiva y protectora, por tanto, como se ha expuesto, el objeto está en la actividad, y en estos términos, son los únicos posibles para exigir una responsabilidad.”

⁵ Ver FD segundo, nº 2, Roj: SAP M 8343/2015.

⁶ SAP de León, S. 2ª, de 15/05/2014, ROJ LE 465/2014 y SAP M de 17/05/2013, sección 9. Roj: SAP M 8517/2013.

⁷ SAP Madrid, S. 12, del 12 febrero 2015, Roj: SAP M 2563/2015

de funcionamiento, libre de obstáculos que limiten su función. 4) También es exigible al arrendatario del servicio la correcta y completa declaración e información del riesgo y vulnerabilidad del inmueble o instalación que se pretende proteger⁸. 5) El arrendatario del servicio debe atender diligentemente los avisos y llamadas que reciba desde la CRA o dependencias de la empresa contratista, procurando tener actualizados sus números de teléfono y atendiendo las llamadas que reciba.⁹ Ver la SAP de Valencia de 18/12/2014, S. 6ª, Roj: SAP V 5646/2014.¹⁰

2.- Sujetos intervinientes.

Básicamente son dos, la empresa de seguridad que presta el servicio como arrendadora del mismo, y el cliente, ya sea particular o empresa, que contrata y arrienda el servicio de seguridad y alarma con conexión a central receptora de alarmas. Es posible en algunos casos observados en el estudio y análisis jurisprudencial, que la arrendadora subcontrate parte del servicio de seguridad, a su vez, con otra empresa de seguridad. O bien, en pocos casos del estudio, que el cliente sea propietario de los aparatos y dispositivos de seguridad y alarma, incumbiéndoles su mantenimiento y correcto funcionamiento, detectando y comunicando intrusiones a la empresa de seguridad, que se encargaría de

⁸ Interesante en este punto la SAP de Palencia, S. 1, del 5 de octubre de 2015, en el caso de un robo el mismo día que se instala la alarma en una casa, donde el Juzgado de 1ª Instancia reconoce y condena al pago a la arrendadora de la totalidad de la reclamación cifrada 341.815 euros más intereses, la Audiencia mantiene el sentido del fallo y desestima los motivos de fondo de la apelación, considerando que existe responsabilidad, pero modera y rebaja el quantum indemnizatorio a 225.000 euros exactos (descuenta más que el valor de unos lingotes cuya preexistencia no considera probada), y al tener objetos y joyas de tan extraordinario valor, concluye que, debería haberlo comunicado a la empresa de seguridad para que hubiera previsto o al menos hubiera podido considerarlo, a la hora de diseñar e instalar el sistema, es llamativo que no se justifica el motivo de ese importe indemnizatorio concreto.

⁹ Ilustrativo de ello lo relatado en la SAP de Madrid, S. 12, de 12/02/2015, en la que consta grabación de conversación con cliente avisándole de la alarma y a pesar de ello optó por esperar a un segundo salto de alarma. La asegurada del robo del perjudicado reclamaba 20.140 euros y a pesar de la conducta pasiva de éste, le fueron reconocidos 6.844 euros en la instancia y confirmados en la apelación por fallos en el servicio e incumplimiento contractual de la arrendadora. Roj: SAP M 2563/2015, aplican la moderación del artículo 1103 CC.

¹⁰ pero que desestimó la demanda en la instancia y en la apelación, absolviendo a la empresa de seguridad y a su aseguradora de la RC al considerar probado que la alarma saltó sin tener contratado el servicio de ACUDA, ni depósito de llaves ni el aviso a los servicios policiales, se contactó con los responsables de la joyería y estos dejaron pasar varias horas hasta que decidieron que se avisara a la policía

entonces de actuar conforme al protocolo legal y servicio contratado. Este podría ser el caso de una importante empresa de distribución farmacéutica con un almacén en una nave en un pueblo de Córdoba, disponiendo de un sistema de regulación y control de la temperatura del frigorífico donde se conservan los fármacos a temperatura estable, dicho sistema y el termostato de control es de propiedad e incumbencia de la arrendataria del servicio de alarma, dicho termostato es el que debe enviar una señal de alarma si se produce una oscilación de temperatura. El termostato se averió y se produjo una bajada de temperatura que provocó la congelación y pérdida de mercancía por cuantioso importe, la alarma no saltó para avisar de ese enfriamiento brusco del almacén por un mal funcionamiento de su termostato, no comunicó a la CRA dicha contingencia y se produjo el daño de la mercancía, no siendo la empresa receptora de alarmas la propietaria ni responsable del mantenimiento del termostato ni del resto de instalación y no quedando probado que el fallo de comunicación de la alerta se debiera a ellos, se revocó en la apelación la condena de la instancia al pago de 83.918 euros por no considerar la Audiencia responsable del fallo de alarma y comunicación a la empresa de seguridad¹¹.

A.- Empresa de seguridad privada. Como arrendadora del servicio de alarmas de seguridad solamente podrá ser una empresa de seguridad privada, que tienen la exclusividad para prestar el servicio, debiendo estar inscritas en el registro administrativo correspondiente, artículo 38.2 LSP 2014, y someterse a los requisitos generales y especiales que contiene la Ley de Seguridad Privada y su Reglamento.

Las definiciones y conceptos figuran en la LSP 2014, El artículo 2.7 de define a la Empresa de seguridad privada. Las actividades de seguridad privada solo pueden prestarse por empresas de seguridad privada, artículo 5.2 de la LSP 2014. Continuando con el reiterado artículo 5 de la Ley de Seguridad Privada vigente, su número 3 autoriza previa autorización la constitución de centrales receptoras de alarma. Por extensión y analogía de lo que ALONSO PÉREZ, Mª T.¹² explica para la colegiación profesional, la autorización previa administrativa y la inscripción en el

¹¹ SAP de Madrid, S. 11, del 10/10/2014 Roj: SAP M 14306/2014

¹² ALONSO PÉREZ, Mª T. "El Arrendamiento de servicios", Cap. I del Tomo IV de "CONTRATOS civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias", director Yzquierdo Tolsada. Ed. Aranzadi 2014, pág. 88.



Registro administrativo correspondiente son presupuestos de legitimación para contratar. La autorización e inscripción administrativa determina que todos los que tienen tal condición se vean sometidos a una misma normativa profesional y el efecto de esta normativa sectorial adquiere relevancia en la configuración de cada uno de los requisitos esenciales del contrato. La citada autorización no puede entenderse como requisito de capacidad para contratar, porque no se trata de proteger a quien no ostenta la cualidad de autorizado, sino para con los que con él contraten. Se trataría de un presupuesto habilitante para la contratación de este tipo de servicios.

B.- Arrendatario del servicio de alarma de seguridad. Los receptores o arrendatarios del servicio, o contratantes, pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas, ya sean actuando como particulares o como empresarios, que pueden ser receptores finales del servicio o que dicho servicio lo integren en su actividad o proceso productivo. Es importante distinguirlo, y así lo hace en ocasiones la jurisprudencia, cuando por la contratista se alegan ciertas cláusulas contractuales incorporadas al contrato habitualmente, que generalmente

suele ser de adhesión, que sirven para limitar (por ejemplo al coste anual del servicio x 10) o eximir de responsabilidad a la arrendadora en caso de negligencia suya por mal funcionamiento del equipo, incumplimiento contractual o prestación defectuosa.

Tras aprobarse la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, se redefine el concepto de consumidor y de usuario considerando como tales a “las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”, considerando también consumidores a “las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”. Sin embargo, sigue habiendo sentencias que, por ejemplo, consideran consumidor a una gestoría porque el sistema de alarma instalado no se integra de manera directa ni indirecta en su actividad¹³.

¹³ Ver SAP de Alicante, S. 8ª de 03/07/2015, Roj: SAP A 1514/201, aplicándole la legislación protectora como consumidora de la LGDCU.

III.- Prestación defectuosa del servicio. carga de la prueba.

1.- Incumplimientos contractuales de la prestadora del servicio de seguridad y alarma.

De lo expuesto en los epígrafes previos se desprenden y explican las obligaciones que le competen a la contratista, conjunto de obligaciones, diligencia y compromisos que se fundamentan en los pactos contractuales, en los preceptos legales, en la realidad social y el desarrollo habitual en el tráfico empresarial e industrial de la época en la que se preste el servicio. Por ello, debe poner todo el interés y diligencia en la puesta a disposición del arrendatario de todos los medios y en la forma pactada o que se considere adecuado en consonancia con las circunstancias de la relación y las partes. La contratista puede hacer lo mismo o más de lo que le corresponde, pero nunca menos, porque sino incurrirá en incumplimiento o defectuosidad. La empresa contratista debe responder por sus actos culposos, ocurridos durante o con ocasión de la prestación del servicio. Evidentemente, se debe producir un daño, que generalmente en estos casos es solo patrimonial, deberá quedar probado el acto culposo que genera la responsabilidad, que exista nexo causal o relación de causalidad, y la cuantificación de dicho daño. Después profundizaremos en estos aspectos.

La conducta será culposa, negligente o sin la diligencia exigible, se revisará su actuación como profesionales especializados en la materia, conocedores de la técnica, expertos y con la pericia que se suponen en la actividad que desarrollan, ya que siendo profesional o empresario, le es exigible una diligencia superior que la de un buen padre de familia, conforme a lo previsible al constituirse la obligación (1.107 C.C.).

Obligación de diligencia cualificada: cuando nos referimos a servicios de carácter profesional el parámetro de comportamiento diligente se refleja en el concepto de buen profesional. El prestador del servicio debe seguir las reglas de la ciencia y la técnica que corresponda. En definitiva, el prestador del servicio debe prestarlo de acuerdo a la *lex artis ad hoc*, es decir, a lo que, en esas circunstancias concretas, debe hacerse según los dictados de la especialidad para intentar obtener la satisfacción de interés del prestatario. La circunstancia de que la principal obligación el prestador del servicio en un arrendamiento de servicios sea la de aplicar las normas de su disciplina de

manera diligente tiene serias implicaciones y consecuencias en materia de responsabilidad por incumplimiento.¹⁴ De lo cual, si la empresa no cumple con dichas funciones o las que consten pactadas en el contrato o lo hace de manera defectuosa por su negligencia o la de sus dependientes, estaremos ante un caso de responsabilidad civil contractual de los artículos 1.101, 1.103, 1.104, 1107 y 1903 del C.C., salvo que concurra causa de fuerza mayor, art. 1.105 C.C.

Sin ánimo de ser exhaustivo, sino enunciativo, en una relación de incumplimientos, ya que la casuística en muy amplia actualmente de estos contratos, relaciono los casos más típicos y habituales según la jurisprudencia consultada de los últimos seis ó 7 años:

.- Incorrecta o fallida instalación por motivos técnicos o defectos en los trabajos realizados para colocar el sistema de alarma en su conjunto. Cabe discutir si sería un contrato de servicios, o de obra, con obligación de resultado¹⁵.

.- Incorrecta o inadecuada instalación del sistema de alarma por un mal proyecto o diseño del mismo, errores en la ubicación, pocos dispositivos instalados, su mala calidad, no haberse dotado de otros dispositivos para proteger el lugar, omitir otros que se han manifestado útiles o necesarios (sensores antisísmicos¹⁶, para evitar butrones)¹⁷. Según se dice en la citada SAP de Madrid de 23/2/2015 “no se trata de instalar un adorno o unas luces donde indique el cliente”. O por no prever la arrendadora el uso de inhibidores, asequibles para cualquiera actualmente: “Los inhibidores de frecuencia se encuentran en el mercado libre desde 121€ (inhibidores.com), e incluso pueden ser de fabricación casera siguiendo los planos e instrucciones que pueden encontrarse fácilmente en Internet, y con la peculiaridad de que las señales de radio son las más fáciles de interferir dado que la banda de frecuencia de esos detectores es conocida. Dicho de otro modo hay

¹⁴ ALONSO PÉREZ, M^a T. “El Arrendamiento de servicios”, de “CONTRATOS...”, obra citada pág. 117.

¹⁵ SAP de Madrid del 10/02/2015, S. 21. Roj: SAP M 2174/2015, es imposible conectar la alarma, y la empresa de seguridad no lo soluciona de inmediato, produciéndose el robo esa noche.

¹⁶ SAP de Madrid, 28/03/2011, S. 10, TOL2.137.830, que condenó a empresa de seguridad al pago de la diferencia entre 1.796.940 euros y 916.080 euros, a los que se condenó al pago al asegurador del robo de la arrendataria del servicio, por no haber previsto el robo por butrón y la colocación de sensores sísmicos y la ubicación de los volumétricos, aparte de otros fallos en el sistema que no saltó.

¹⁷ SAP de Madrid, S. 21 del 29/3/2011 Roj: SAP M 3677/2011

incumplimiento por prestación absolutamente ineficaz, pues está al alcance de cualquiera eliminar la primera barrera de detención de intrusos y de activación de la alarma.”¹⁸

.- Fallos o nulo funcionamiento en la detección de intrusiones: de los detectores volumétricos, antisísmicos, de captación de imágenes, magnéticos, etc.

.- No salta la alarma, por lo que no se activa la cadena de avisos a CRA y sucesivos, a pesar de detectarse la intrusión.

.- Cuando se recibe aviso de alarma en la CRA pero no se actúa avisando al cliente, servicio “ACUDA” o a los servicios policiales para que se pueda verificar su veracidad.

.- Personación in situ del servicio ACUDA o de personal de la contratista pero no intervienen para comprobar la intrusión ó robo, ni verifican, o verifican poco, el estado del lugar a proteger, en casos en que los autores incluso puedan estar actuando in fraganti. O no entrando al inmueble a pesar de contar con llaves de acceso depositadas por el cliente. O una vez personados y con sospechas de robo no avisar a nadie para su intervención¹⁹

.- En relación con el diseño y la instalación del sistema de alarma, no prever el posible uso de medios, ya sean burdos o sofisticados, para interrumpir las señales de alarma que se envían a la CRA y servicios policiales. En referencia a los cortes de cables de conexión o el uso de inhibidores de frecuencia, normalmente de radio²⁰

En la LSP 2014 se describen y relacionan a efectos punitivos los incumplimientos de obligaciones legales que pueden servir al actor para ayudar probar la existencia de un incumplimiento en el servicio y la graduación de su gravedad, sirviéndose de dicha norma que considera infracciones *muy graves*, las incluidas en las letras d), n) y p) del artículo 57.1 de la LSP 2014. Son Infracciones *graves* según el artículo 57.2 letras a), e), j) y n). Y por último, son calificadas como Infracciones *leves*, las del art. 57.3: a).

Cabe recordar la doctrina jurisprudencial relativa a que la presencia de una infracción

administrativa «per se» no es bastante para imponer el resarcimiento por vía de actuación culposa, toda vez que se precisa la inexcusable concurrencia del elemento subjetivo de culpabilidad (entre otras, STS de 15/04/1985 TOL1.736.617), y a que toda indemnización de daños y perjuicios requiere como elemento indispensable la imputabilidad al agente de las causas que pudieren producirlos (entre otras, STS de 20/02/1953).²¹

2.- Carga de la prueba

Corresponde al actor probar con certeza los hechos constitutivos en que fundamente su pretensión y por ende la del concreto acto culposos, ya sea negligencia, falta de diligencia o culpa, que haya sido el causante del incumplimiento contractual, de la ausencia de funcionamiento ya sea total o parcial, del sistema de seguridad de alarma, sus conexiones o sus avisos al CRA. En este punto, el actor cuenta con graves limitaciones en muchas ocasiones, debido a su ausencia de conocimientos técnicos, al estado en que ha quedado la central de alarma tras su sabotaje, cuando, por ejemplo, ha sido arrancada de cuajo y aplastada, y se le pide que indique con exactitud cual fue el fallo concreto. En ciertos casos, ni siquiera el informe pericial que acompaña a la demanda concreta con exactitud y certeza el origen del fallo de funcionamiento. En otros casos, las Audiencias, están trasladando la carga de la prueba de que todo funcionó correctamente a la demandada, como poseedora de los conocimientos técnicos e industriales del producto y del aparato objeto de controversia, y por tener a su alcance herramientas y tecnología que le permite mayor capacidad probatoria, siempre y cuando haya certidumbre sobre el hecho de que la alarma no saltó o no funcionó o no emitió el aviso de salto o intrusión a la CRA. Llevando a efecto el principio de facilidad probatoria recogido en el artículo 217.7 de la LEC y según doctrina jurisprudencial reiterada. Ver SAP de Madrid, S. 12ª, de 25/09/2014²², que considera mayor facilidad probatoria de las empresas de seguridad debido

²¹ De la STS 8/10/2001, Roj: STS 7635/2001, F.D. cuarto.

²² “Esta Sala ha señalado anteriormente (Sentencia de 27 de febrero de 2008) que en aquellos contratos en los que el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes contratantes implica la posesión de conocimientos técnicos, será dicha parte quien a su vez se ve obligada a determinar si las actuaciones que se realizan o los medios que se utilizan para el cumplimiento de sus obligaciones son idóneos para ello, ya que es dicha parte, poseedora de conocimientos específicos en la materia, la que puede y debe determinar, mediante la aplicación precisamente de dichos conocimientos técnicos, si dichos medios o actuaciones son aptos para cumplir su cometido.” Roj: SAP M 15314/2014

¹⁸ SAP de Madrid, de 14/05/2015, S. 14ª, Roj: SAP M 8075/2015.

¹⁹ SAP de Madrid de 17/05/2013, S. 13, Roj: SAP M 9300/2013, personado el vigilante de la empresa de seguridad tras saltar la alarma, aunque no poseía llaves de acceso no dio aviso a los servicios policiales.

²⁰ SAP de Barcelona, S. 1ª de 18/05/2015, Roj: SAP B 3949/2015

a sus conocimientos técnicos, y la SAP de Madrid, S. 14, del 19/12/2014, F.D quinto, o SAP de Asturias, Gijón, S. 7ª, del 10/10/2014 que cita otra de esa Audiencia misma del 12/02/2010²³. Siendo hechos relevantes el fallo o incorrecto funcionamiento del dispositivo y la causa de ello, si el Tribunal considera que son dudosos, por lo tanto inciertos, debe desestimar la demanda con las consecuencias negativas para el actor, art. 217.1 LEC. Esencial es que el actor pruebe con certeza la *existencia de la relación contractual*, y el pago del precio. En este punto, cuando el actor sea usuario o consumidor, o así sea considerado, será importante alegar la existencia, en su caso, de cláusulas abusivas, por nulas, incorporadas al contrato de adhesión, por la contratista, aunque dicha nulidad pueda ser apreciada de oficio por el Tribunal. O bien, si es empresario o profesional, o podría tener esa condición, alegar la nulidad de todo lo que contenga el contrato que se pueda considerar abusivo o no se haya aceptado de manera expresa, al amparo del artículo 7, no incorporación, y 8, nulidad (si es contraria a la Ley), de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

IV.- La responsabilidad contractual de la empresa de seguridad:

Con carácter previo, parece interesante comentar las premisas y conclusiones de la SAP de Madrid, secc. 9, de 3 de noviembre de 2014, en la que se estima la apelación presentada por la aseguradora del perjudicado por el robo (mediante la subrogación del art. 43 LCS), tras haber visto desestimada su demanda en la instancia. Y aunque la sentencia de apelación considera que la alarma no tiene efecto impeditivo, sino disuasorio, del robo, estima la reclamación y condena a la indemnización total reclamada, descontando solamente los importes de daños que no considera probados o los escasos provocados para acceder al recinto controlado por la alarma, condenando a la arrendadora del servicio al pago de 66.264 euros. Este tipo de argumentos se reiteran en abundantes sentencias, pero en este caso concreto llama la atención que aunque solo se le considere un elemento disuasorio y que

²³ Ver por todas la STS 13/05/2016, Ponente Excmo. Sr. PANTALEON, Roj: STS 2042/2016 "Los referidos principios permiten hacer recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición mejor o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente para su aportación; pero la mera imposibilidad probatoria de un hecho no puede traducirse, sin más, en un desplazamiento de la carga de la prueba, pues ello requiere que sea factible para la parte a la que tal desplazamiento habría de perjudicar: así lo han declarado, entre otras, las Sentencias de esta Sala 949/2004, de 8 de octubre (Rec. 2651/1998), 133/2010, de 9 de marzo (Rec. 1988/2005), 859/2010, de 31 de diciembre (Rec. 1886/2006) y 400/2012, de 12 de junio (Rec. 703/2009)."

aún en caso de funcionar correctamente no sea impeditivo del robo de bienes por terceros (los ladrones), la empresa de seguridad deba soportar la totalidad de la carga de la responsabilidad indemnizatoria si se demuestra que el sistema "disuasorio" que "no impeditivo" no funcionó por culpa suya.²⁴ Lo cual, opino que es *contradictorio* ya que *si funcionando bien el servicio de alarma no sirve para impedir la comisión del robo, su nulo o defectuoso funcionamiento no podría llevar aparejada la responsabilidad automática y por el total del importe de lo sustraído a cargo de la prestadora del servicio por su culpa mediando la autoría de terceros como responsables directos del robo. Habría que cuantificar el valor de esa disuasión, que debería ser inferior al valor del todo.*

A).- Cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad. (Análisis de su validez, según el arrendatario tenga o no la condición de consumidor).

El uso mayoritario de contratos de adhesión entre las empresas de seguridad que concurren al mercado y los clientes que captan conlleva la redacción unilateral del contrato con sus cláusulas y condiciones por parte del empresario. Ante ello el cliente suscribe el contrato que se le pone a la firma, en el que solamente se modifican sus datos personales y las condiciones particulares del contrato. En muchas ocasiones, especialmente pienso, tras revisar numerosa jurisprudencia, en las empresas con gran cuota de mercado que incorporan a sus modelos de contratos cláusulas limitativas de su responsabilidad en caso de fallo del funcionamiento del sistema que comercializan. Esa limitación de indemnización suele estipularse unilateralmente en decuplicar el precio anual del servicio contratado, aunque existe recomendación en el sector de que sea un quíntuplo.

En ese caso o en otros se usa un modelo de contrato que muchas sentencias critican y reprochan, llegando a declarar su nulidad, se

²⁴ ROJ SAP M 16820/2014, Ponente, Ilmo. Sr. Gordillo Alvarez Valdés, se reproduce parte del texto comentado: "*siendo cierto que la contratación de un sistema de alarma o seguridad solo tiene finalidad disuasoria y no puede impedir un robo o intrusión ilegítima, ello es así cuando el sistema ha funcionado y a pesar de ello se ha cometido la sustracción o daño, de tal forma que si la alarma no funciona, la demandada, salvo que pruebe una causa justificada, ha incumplido sus obligaciones o lo ha hecho negligentemente y ello determina, ex art. 1.101 C.Civil, el derecho de la perjudicada ...a exigir una indemnización por el daño derivado de ese incumplimiento (S. AP Madrid de 25.2.12). Es decir, si bien nos encontramos ante un contrato de arrendamiento de servicios (S AP Madrid, de 11.3.2014) y si se demuestra que el sistema contratado no funcionó el no enviar las señales correspondientes a pesar de estar conectada, salvo que la compañía demuestre que no funcionó la alarma por causas a ella no imputables, responderá del daño.*"

coloca la cláusula dentro de hojas aparte, se introduce una aceptación genérica de todas las condiciones y cláusulas contractuales que suele ir en una esquina inferior de la hoja de firma de las condiciones particulares o de la domiciliación bancaria de recibos, separada del lugar de firma. Otras versan sobre la imposición al cliente de la carga de la prueba de una manera desproporcionada.

Todo esto es muy relevante puesto que si el contratante tiene la condición de consumidor o usuario y esa cláusula puede considerarse abusiva por los motivos del art. 82 y ss. del TRLGDCU 1/2007, cabe ser apreciada de oficio dicha nulidad por el tribunal que conozca del asunto previa audiencia de las partes, al amparo de la Directa 93/13/CEE y la doctrina jurisprudencial desarrollada por el TJUE y el T.S. en España ya que la empresa demandada suele alegarla siempre en su contestación y defensa. Dicho control de oficio de la nulidad de cláusulas abusivas no se puede producir cuando el arrendatario es considerado empresario o profesional o actúa como tal, en este caso debe ser alegado.

Por otra parte, si la cláusula no se aceptó expresamente, se podrá determinar su no incorporación al contrato en virtud de lo previsto en el art. 7 de la LCGC 7/1998, y podrán declararse nulas, ya no solo para el caso de consumidor o usuario, sino en general si son contrarias a lo dispuesto en esa Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, art. 8 LCGC. Por ello, es menester que, si el perjudicado es o se puede considerar empresario, invoque la no incorporación y la nulidad de las cláusulas que considere nulas o abusivas, ya que el Juzgado no entrará de oficio si no se solicita en la demanda o reconvencción.²⁵

B).- Carga de la prueba del daño.

Debe probarse *la preexistencia y titularidad de los bienes o derechos dañados*, menoscabados, perdidos o sustraídos por los que se reclama, de

²⁵ SAP de La Coruña, S. 6ª en Santiago de Compostela, de 30/06/2015, Roj: SAP C 1889/2015, que no considera usuaria a la empresaria arrendataria a los efectos de especial protección legal y no le aplica la LGDCU para la nulidad de oficio pero si aplica el art. 7 LGDCU, no incorporación de la cláusula al contrato por no reunir requisitos. Cita otras muchas SAPS que si admiten limitación RC contractual, entre ellas SAP Granada S. 3, de 17/11/2014 nº 278/14. Sin embargo SAP de Madrid, de 8/07/2015 si aplica nulidad cláusula a empresa arrendataria por considerarla usuaria o consumidora.

cualquier manera que sea aceptada en Derecho y que al Juzgador corresponde valorar. La valoración de los daños, de los efectos o bienes sustraídos, conforme a un informe pericial, la mayor de las veces o aportando documentación justificativa de su precio o valor, que sea objetiva e imparcial²⁶. En el contrato de seguro contra daños, la descripción de los objetos robados en la póliza de seguro constituye una presunción favorable al asegurado, artículo 38.2º LCS, que puede usarse también a efectos probatorios en sede de reclamación de responsabilidad civil.

Igualmente se han de acreditar los daños materiales sufridos en el continente que se encontraran bajo la esfera de protección de la alarma, la jurisprudencia suele excluir, con acertado criterio los daños exteriores, en cierres, puertas o fachadas que no cuenten con dispositivos a su alcance de detección de intrusiones.

Si así lo alega la demandada, puede que se practique prueba para acreditar que no ha sido totalmente resarcido el arrendatario del servicio por su aseguradora como consecuencia del robo y a efectos de delimitar con justicia el objeto de la reclamación. Igualmente la aseguradora que se subroga en los derechos de su asegurado por la vía del artículo 43 LCS debe probar el pago de la indemnización que después reclama a la empresa de seguridad o su aseguradora.

Controversia sobre la indemnidad y el alcance de la indemnización: Como se ha dejado apuntado previamente existe cierta controversia en la doctrina, y cierta parte de la jurisprudencia de las Audiencias provinciales en aplicar la regla del TODO ó NADA, en los supuestos que se están tratando. Por aplicación del principio de indemnidad al perjudicado se le habría de resarcir para recuperar idéntica situación al momento inmediatamente anterior del hecho causante del daño. En la abrumadora mayoría de sentencias estudiadas, no se pone en relación la gravedad e intensidad del incumplimiento con el principio de indemnidad, ni se hace un juicio del curso causal, ni del hecho futurible incierto para saber cuáles habrían sido las consecuencias, dañosas, o no, si la alarma hubiera funcionado correctamente, y tal parece

²⁶ SAP de Pontevedra, Vigo, S. 6ª, 9/12/2014, Roj: SAP PO 2465/2014 que no considera probada la existencia de dinero en efectivo en caja fuerte supuestamente depositado hace meses en una nave de una empresa de neumáticos por terceros para constituir una presunta empresa de recauchutados

que la empresa de seguridad terminara siendo una aseguradora del robo, con la desventaja de que para ella no operarían limitaciones de sumas o capitales asegurados como en las pólizas de seguro al uso.

Una vez que se produzca uno de los eventos indicados u otros similares achacables a la contratista de alarma, se devenga el derecho del arrendatario a ser indemnizado, siempre y cuando se produzca la existencia de un daño demostrado, esté cuantificado, exista relación de causalidad entre el incumplimiento contractual y la producción del daño y no se trate de caso fortuito (1.105 C.C.). Precepto básico en este aspecto es el artículo 1.101 del C.C. al producirse los daños y perjuicios mediando negligencia o morosidad en el ámbito del cumplimiento de una obligación derivada de contrato, Vid. Cita²⁷ no se contempla la aplicación del art. 1102 ya que solo se entiende como procedente de culpa o negligencia el origen del daño causado al perjudicado, en este caso, el contratante o arrendatario de los servicios de vigilancia y alarma, como propietario o titular de un derecho real sobre los bienes dañados. La responsable será la entidad arrendadora de esos servicios, siempre que se cumplan los requisitos para su materialización. En estos supuestos el precepto citado se aplica y refiere con intensidad por la jurisprudencia junto al artículo 1104 CC.

El artículo 1.107 del CC contempla la responsabilidad del deudor de buena fe por los daños y perjuicios previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. Este precepto legal, junto a los artículos del CC citados y el 1.104, nos proporcionan el soporte legal básico para articular y desarrollar una reclamación de responsabilidad civil contra la contratista que no cumpliera con lo pactado produciéndose daños y perjuicios en el patrimonio del arrendatario. Cuestión aparte, es si procede la indemnización por el total del daño o se tendría que moderar o graduar la indemnización por aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades como plantea **PASQUAU LIAÑO, M.**²⁸

²⁷ Análisis y estudio del precepto por ASUA GONZÁLEZ, C. en "Comentarios al C.C." T. VI, Director BERCOVITZ RGUEZ-CANO, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, págs. 8059-8071

²⁸ PASQUAU LIAÑO, M., En "Una valoración crítica de la aplicación jurisprudencial de la doctrina de la pérdida de oportunidades", en Manual Daño, Responsabilidad y Seguro, Director Herrador Guardia, M.J., Ed. F. Lefebvre 2016, epígrafes §6 y §23.

C).- Nexos de causalidad entre el defecto en la prestación del servicio y el daño finalmente sufrido:

1. La concurrencia de culpas.

Concurrencia de culpas, no es descartable esta posibilidad basada en negligencia o falta de diligencia del arrendatario, y de hecho en ciertas sentencias de Audiencias Provinciales se contempla, ya sea para rechazar el argumento de oposición o defensa de la parte demandada o bien porque tras la vista y análisis de los hechos



considere que existió concurrencia de culpas del arrendatario de servicios al no haber obrado con la diligencia de un buen padre de familia, que es la que entiendo exigible, art. 1.104.2º CC, ya sea en la protección de sus propios bienes como en sus relaciones con la arrendadora como al no atender los avisos y comunicaciones ésta. Es habitual que la demandada efectúe este alegato en su defensa, pero como tal, no ha de surtir efectividad y ser estimado por los Tribunales si no se prueba cumplidamente como hecho extintivo o impeditivo de lo que se alega en su contra (art. 217.3 LEC).

En la SAP de Madrid, de 5/10/2015, S. 18ª, sin embargo se rechaza ese argumento esgrimido en la primera instancia y estimado por el Juzgado *a quo* para moderar la indemnización, no lo considera válido como fundamento de la moderación de la indemnización aplicada para reducirla un 50%, y lo sustituye por otro razonamiento para basar su fallo aplicando, no obstante, el mismo porcentaje reductor de la indemnización que aplicó el Juzgado, cuando menos es llamativa la decisión y donde se apoya.

En la SAP de Baleares S. 5ª, Palma de Mallorca, en la que los perjudicados reclaman en la instancia un total de 104.695 euros de principal a la empresa de seguridad, desestimándoles la demanda en la instancia y estimándoles parcialmente la apelación que solo les reconoce el derecho al 30% a cargo de la demandada debido a la grave falta de diligencia de los actores que ocultaron a la prestadora la tenencia de objetos y joyas de gran valor, no tenían seguro del robo que las cubriera, no las tenían guardadas en caja de seguridad si no en “cajas de zapatos” y además en habitaciones donde no había detectores de intrusión ni otros dispositivos para la alarma, calificándolo de grave irresponsabilidad.²⁹

2. La moderación ex art. 1103 CC.³⁰

De la facultad moderadora judicial en caso de daños causados negligentemente, existe consenso sobre que tal facultad no se proyecta sobre la determinación de responsabilidad sino sobre la extensión de la misma.³¹ No pocas veces la parte demandada alega este precepto, unas veces con alegación de hechos impeditivos o extintivos de los hechos culposos

²⁹ En extracto de la SAP de IB, ROJ SAP IB 1250/2014: *La falta de diligencia imputable a los demandantes viene determinada por no declarar el contenido y el valor en cada una de las zonas (f. 53 de autos), ni indicar los puntos de acceso más practicables, ni solicitar protección específica para las habitaciones donde se hallaban los objetos de valor y en dormitorio y zonas de paso; que imprudentemente habían depositado joyas en una caja “de zapatos”, colocada en el dormitorio de invitados, fácilmente accesible y con salida al exterior, y/o en la única habitación sin sensor; que, chocantemente, no tuvieran caja fuerte; que no hubieren contratado seguro para las joyas y objetos de valor; que sólo contrataron una central y 8 zonas (sensores 1er piso, salón, dormitorio planta baja, entrada, dormitorio piscina, comedor, despacho y cocina). Resulta chocante y sorprendente que los actores tuvieran el dinero, las joyas y los objetos de valor en una habitación sin protección y dentro de “cajas de zapatos”, lo cual constituye una gran irresponsabilidad por su parte.*

³⁰ Análisis y estudio del precepto por ASUA GONZÁLEZ, C. en “Comentarios al C.C” obra ya citada.

³¹ Vid. ASUA GONZÁLEZ, C. en Op. Cit., pág. 8079 y 8080.



que se les imputa, achacables al arrendatario, y otras veces simplemente basándose en otros argumentos³². Dichos argumentos, que se confunden y se mezclan en dichos alegatos, con el daño moral y la pérdida de oportunidades, en otras ocasiones se apoyan defendiendo que aunque la alarma hubiera funcionado correctamente el robo se hubiera producido de todos modos, que el sistema de alarma no es un elemento impeditivo de los robos y de sus consecuencias dañosas, sino que su finalidad es disuasoria y preventiva, SAP de Madrid, S. 8ª, de 21/12/2011 y SAP de Madrid, S. 21, de 31/05/2011 que dice que la instalación de la alarma *no tiene como finalidad impedir la comisión de un delito de robo, sino ser un elemento disuasorio* (dicha afirmación es en cierto modo “alarmante”), Por eso, teniendo en cuenta esa premisa, no cabría indemnizarlo todo, sino solo una parte, reduciendo el todo en el grado o porcentaje en que se estime que el correcto funcionamiento de la alarma sirva para aminorar o reducir las consecuencias del delito. Hay que decir que este alegato defensivo no lo he encontrado reproducido en muchas sentencias de las Audiencias de todas las estudiadas, se hace de forma alternativa o subsidiaria a otros alegatos de defensa dirigidos a reducir la cuantía de la indemnización (concurrencia de culpas, pérdida de oportunidades, pagar el daño moral...) no se suele oponer de manera única, y se introduce siempre tras negar los hechos constitutivos de la negligencia o incumplimiento contractual. La estrategia procesal de la defensa de las empresas de seguridad se basa en negar y oponerse a la “acusación” de negligencia o falta de cumplimiento, sin perjuicio de que puedan existir otros casos fugitivos a mi estudio, por lo que he podido constatar. En ningún caso de las más de cien sentencias de las Audiencias estudiadas he advertido que la defensa de las arrendadoras del servicio, reconozca su falta de cumplimiento y base su defensa solamente en cualquier método para reducir la indemnización de los que se admiten en nuestro ordenamiento jurídico. Existiendo distintas opciones para armar la defensa: 1) que se estudie la gravedad de la negligencia, no se debiéndose penalizar una leve igual que una grave; 2) Proponiendo aplicar un estudio estadístico de probabilidades

³² “A los fines de hacer uso de la facultad moderadora que contempla el invocado en el escrito de contestación artículo 1103 del CC, hay que atender a la previsibilidad o no del perjuicio, valorando en qué medida es o no consecuencia del declarado incumplimiento contractual (SSTS de 6 de mayo de 2002, 20 de abril de 2011 y 19 de febrero de 2014).” F.D. 4º SAP Barcelona, 107/2016 de 13 de abril

del éxito policial en caso de funcionamiento de alarmas; 3) Solicitando que se indemnice el daño moral y no la pérdida material; 4) o por que se estime conveniente aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidades de evitar en todo o en parte los daños al perjudicado. También es cierto que cuando lo han alegado, aunque sea de manera acumulada con el resto de sus excepciones y oposiciones, poco o ningún éxito procesal han tenido. Son escasísimas las estimaciones judiciales de tales alegatos y en la gran mayoría de los casos cuando se consideran probados los hechos que sustentan el incumplimiento contractual se condena al pago íntegro de la indemnización, excluyendo solamente los daños externos a la vivienda o local que se encuentren fuera del campo de actuación del sistema de alarma.³³

Hay otros casos en que se aplica la moderación ex art. 1103 CC, condenando al pago a tanto alzado de una cantidad fija, sin que aparezca suficiente motivación ni el criterio en que se basa, como en la SAP de Madrid de 30/07/2014, secc. 20.

3.- La aplicabilidad de la figura de la pérdida de oportunidades como modo de moderar la responsabilidad por el daño final

3.1. Aproximación al concepto, definición y elementos por la doctrina y la jurisprudencia sobre la pérdida de oportunidades.

Según **SEOANE SPIEGELBERG**³⁴ esta doctrina, mitigadora, de las exigencias del “onus probandi” nace con la finalidad de solventar las dificultades probatorias que la víctima sufre en la acreditación del nexo causal [el autor cita la STS DEL 8/02/2000, EDJ 2107 para glosar la exigencia jurisprudencial para el actor de la carga de la prueba del nexo causal]. Se gesta a finales del S. XIX y principios del XX en Inglaterra y Francia expandiéndose por otros ordenamientos jurídicos que terminan por acogerla. Hoy en día tiene reflejo en el art. 7.4.3 de los Principios UNIDROIT, en el art. 163 Parte General del Código Europeo de Contratos, así como en el art. 3:106 de los Principios del Derecho Europeo de Responsabilidad Civil. la mentada doctrina parte de la imperfección del conocimiento humano que carece del atributo de la certeza. No podemos jugar a ser dioses, como escribía Dworkin, debiendo

³³ SAP de Madrid, S. 11ª, de 19/02/2016, Roj: SAP M 1764/2016; SAP de Madrid, S. 12ª de 27/11/2014, SAP de Madrid, S. 11ª de 29/06/2015; SAP Barcelona 13/04/2016, S. 16ª, Roj: SAP B 3558/2016.

³⁴ SEOANE SPIEGELBERG, “Justificación de la responsabilidad civil ante los Tribunales: la carga de la prueba”, Ponencias XII Congreso nacional Asoc. E. de abogados especializados en RCS, Coord. López y Gª de la Serrana, J. y Estrella Ruiz, F., SEPIN 2012.

los humanos ser conscientes de nuestras propias limitaciones. Podemos exclusivamente movernos en términos de probabilidad, y precisamente sobre tal concepto se construye la doctrina de la pérdida de oportunidad o de *la chance*, que opera como verdadero remedio ante la *incertidumbre causal*. Siendo realmente pretencioso afirmar que el proceso opera como paliativo del radical principio del todo o la nada a la hora de determinar la relación causal entre un hecho y un resultado acaecido”

Uno de los autores que más han escrito y desarrollado doctrinalmente esta construcción jurídica ha sido **MEDINA ALCOZ, LUIS**: “*la incertidumbre del resultado se refleja en el valor económico de la oportunidad perdida*”³⁵. “La exigencia de la incertidumbre causal encierra así una serie de criterios que permiten restringir en alguna medida el ámbito de aplicación de la teoría de la *chance*. 1) No se aplica cuando la probabilidad es nula, escasa o insignificante, pues puede descartarse con práctica seguridad que haya nexos causales, sin que, por tanto, la víctima tenga derecho a indemnización. Tampoco cuando esa probabilidad es alta o suficiente, pues puede tenerse por cierto el lazo causal, reconociéndose al dañado el derecho a la reparación total⁶⁶. 2) Del mismo modo, la doctrina no resulta aplicable a supuestos en que el daño cuya conexión causal es sólo posible aún no se ha materializado ni a los casos en que acontecimientos venideros pueden razonablemente propiciar su reparación. 3) No se maneja tampoco, en fin, cuando el perjudicado ha dejado de emplear los medios probatorios que, estando a su alcance, habrían podido articular un juicio (más) seguro en torno a la existencia del lazo causal.”³⁶

Si se alza en ese tipo de caso el umbral probatorio al grado de certeza, una reclamación de tal clase no prosperaría, que es lo que pretende evitar esta doctrina expuesta, acogida por una moderna jurisprudencia, que ha superado otra línea jurisprudencial, ya desfasada, como la expresada en la STS

³⁵ “La doctrina de la pérdida de oportunidad se traduce en un mecanismo de responsabilidad proporcional en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización de la que se descuenta una parte proporcional al grado de incertidumbre constituida por la probabilidad de que el agente dañoso no fuera, en verdad, causante del padecimiento. Indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final [del daño incierto o eventual, es decir, de la ventaja frustrada] el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso. Por eso se dice ” **MEDINA ALCOZ, L.**, “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidad” Revista de la Asoc. Española de Abogados Especializados en R.C.S., nº 30, 2º T 2009, pág. 47-48

³⁶ **MEDINA ALCOZ, L.**, Op. Cit. 1 Págs. 46 y 47.

11/11/1997³⁷, que consideraba “totalmente imposible saber sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de la conjeturas cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían recibido los tres frustrados (por no personación del procurador demandado) recursos de apelación.” Por lo que la indemnización ha de centrarse en la probabilidad, no en el daño real sufrido, lo que exige un esfuerzo delimitador con incidencia en el concreto monto indemnizatorio con explicitación razonada.³⁸

Según **MEDINA ALCOZ, L.**, la incertidumbre causal ha de ser intrínseca³⁹. Y para **FEMENÍA LÓPEZ**⁴⁰, en la pérdida de oportunidades son necesarios unos requisitos:

a).-La certeza de la pérdida de oportunidad, ya que ésta constituye el daño indemnizable;

b) Que la pérdida de oportunidad impida la realización de un acontecimiento futuro potencialmente beneficioso para el perjudicado, siendo esta probabilidad la que sirva para determinar el monto de la cuantía indemnizatoria. Algunos autores lo clasifican como un “daño futuro cierto”;

c) La falta de certidumbre acerca de la consecución del resultado perseguido o esperado, como pone de manifiesto **MEDINA CRESPO**⁴¹, en la pérdida de oportunidades se parte de un hecho incierto (el perjuicio consistente en la pérdida de ganancia a la que

³⁷ ROJ STS 6739/1997

³⁸ **SEOANE SPIEGELBERG**, op. Cit. Pág. 285

³⁹ **MEDINA ALCOZ, L.** Se aplica así en supuestos de falta de prueba del nexo causal, cuando el perjudicado, después de agotar los recursos que tenía a su disposición, sólo consigue demostrar que las posibilidades de consecución de una ventaja habrían sido serias y reales de no haber intervenido el hecho ilícito. La incertidumbre causal extrínseca se produce cuando el perjudicado o interesado en probar el nexo causal ha dejado de emplear los medios probatorios que, estando a su alcance, habrían podido articular un juicio (más) seguro en torno a la existencia del lazo causal.. “La Teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial del derecho de daños público y privado”, Thomson Civitas, 2007, pág. 99.

⁴⁰ **FEMENÍA LÓPEZ, P.J.**, “La indemnización por daños personales ante la falta de ganancias: lucro cesante y pérdida de oportunidades”, Derecho de Daños, Coord. Herrador Guardia, SEPIN 2011, págs. 448 y 450.

⁴¹ **MEDINA CRESPO, M.**, en La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y jurisprudencia. T. III. Vol. II. Las consecuencias patrimoniales. El lucro cesante. Propuestas generales de lege ferenda, cit. P. 169.

se aspiraba) aunque existe la certidumbre de su posibilidad y, por tanto, la certidumbre de su frustración, que constituye propiamente un daño (perjuicio resarcible); d) La culpa del demandado; e) La relación de causalidad entre el hecho culpable y la pérdida de oportunidad sufrida. La doctrina de la oportunidad perdida supone una alternativa a la teoría general de la causalidad ya que ésta obliga a que el peso de la incertidumbre recaiga sobre un solo sujeto: el agente dañoso cuando se rebaja el estándar ordinario de prueba ante las dificultades que plantea la misma, para afirmar un nexo causal dudoso y ordenar la reparación total del daño padecido; o sobre la víctima cuando se mantiene el estándar ordinario de prueba, liberándose de toda responsabilidad al agente (posiblemente dañoso). Se opta por la regla del TODO o NADA⁴². Con el matiz de que en la doctrina de la pérdida de oportunidades se distribuye el peso de esa incertidumbre entre las dos partes implicadas: el agente responde sólo en proporción a la medida en que fuera autor del menoscabo, de tal forma que se brinda una solución equilibrada en la que, por un lado, se evita que se exonere al agente dañoso por las dificultades probatorias y, por otro no se le obliga a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado.⁴³; f) Para que la oportunidad sea susceptible de reparación, ella debe cubrir un interés actual del reclamante, y “debe exigirse que la víctima se encuentre en situación fáctica o jurídica para aspirar a la obtención de esas ventajas al momento del evento dañoso...”. Estos son los requisitos recopilados por **FEMENÍA LÓPEZ**, como se ha referido.

Por último, **GASCÓN ABELLÁN, M.** define la Teoría de la Pérdida de oportunidades.⁴⁴ Y como acertadamente indica **PASQUAU LIAÑO**, sobre esta doctrina y la solución dada por el

⁴² PASQUAU LIAÑO, M. “Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos...”, Ponencias XII Congreso nacional Asoc. E. de abogados especializados en RCS, Coord. J. L. y G³ de la Serrana y Estrella Ruiz, F., SEPIN 2012, págs. 218 y ss.

⁴³ MEDINA ALCOZ, L., Op. Cit. 1, pág. 32

⁴⁴ “... La Teoría de la oportunidad perdida (TOP) puede caracterizarse sin esfuerzo del siguiente modo: *como un remedio normativo para casos de incertidumbre, que incide sobre la prueba del nexo causal estableciendo una presunción iuris tantum que goza de fundamento empírico serio, y por tanto, facilitando la prueba (a la parte perjudicada) y rebajando el estándar de prueba. La TOP, por último, es también un criterio de cálculo de la indemnización.*” En: Prueba de la causalidad en pleitos de daños y “pérdida de oportunidad”. Derecho de Daños, Coord. Herrador Guardia, SEPIN 2011, págs. 213-214

TS en su Sentencia de 16 de enero de 2012⁴⁵ (por omisión de información al paciente antes de someterse a una intervención quirúrgica de un riesgo inherente a dicha intervención, estadísticamente inferior al 0,4% y tras una buena praxis profesional conforme a la *lex artis*, el paciente sufrió gravísimas secuelas al producirse el hecho asociado al riesgo del que no recibió información) gravitan varios elementos típicos de la responsabilidad civil⁴⁶.

3.2.- Aspectos que permitirían su toma en consideración por los tribunales.

En primer lugar, reseñar que esta cuestión o problemática ya ha sido planteada expresamente por el Catedrático y Magistrado **PASQUAU LIAÑO**⁴⁷ y que en gran medida ha servido de fuente inspiradora esencial del presente trabajo. Una vez sentados y admitidos los requisitos y caracteres que definen la doctrina de la pérdida de oportunidades, haciendo repaso de ellos aplicados al caso concreto de un incumplimiento de prestación de servicios de alarma de seguridad, analicemos si sería posible al menos su toma en consideración a la hora de resolver este tipo de asuntos.

a.- *Certeza de la pérdida de oportunidad*: se cumpliría, si se prueba el incumplimiento contractual por el negligente funcionamiento o nulo funcionamiento del sistema de alarma. Se pierde la oportunidad de evitar o aminorar las consecuencias dañosas del hecho delictivo, de obtener elementos probatorios (captación de imágenes) para la identificación y persecución de los autores materiales y con ello recuperar los objetos sustraídos, de capturar a los autores in fraganti o iniciar su persecución inmediata, etc.

b.- *La pérdida de oportunidad impide la realización de un acontecimiento futuro potencialmente beneficioso para el perjudicado*, como es la de disfrutar pacíficamente de su propiedad y/o posesión, sin verse privado o

⁴⁵ ROJ: STS 2215/2009.

⁴⁶ “[... las razones para cargar la responsabilidad a una persona (criterio de imputación), el propio concepto de daño, y la apreciación del nexo de causalidad en los supuestos de *juicios causales hipotéticos...*” en “Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos...”, Ponencias XII Congreso nacional Asoc. E. de abogados especializados en RCS, Coord. J. L. y G³ de la Serrana y Estrella Ruiz, F., SEPIN 2012, págs. 181 y ss.

⁴⁷ “Una valoración crítica de la aplicación jurisprudencial de la doctrina de la pérdida de oportunidades”, en Manual Daño, Responsabilidad y Seguro, Director Herrador Guardia, M.J., Ed. Lefebvre 2016, epígrafes §6 *Alarmas que no funcionan* y §23.

menoscabado en su patrimonio económico o personal, si sufrió lesiones en el robo. Existe certidumbre de su posibilidad, antes lo tenía.

c.- *La falta de certidumbre acerca de la consecución del resultado perseguido o esperado.* Es un hecho futurible, y como tal incierto, el que habría sucedido de haberse prestado el servicio conforme a lo pactado y exigible. No hay certeza sobre la evitación, disuasión del robo o minoración o inexistencia de consecuencias dañosas, y en qué grado.

d.- *Culpa del demandado,* negligencia o falta de la diligencia que le es exigible, fallos en el sistema o dispositivo de alarma, aunque los autores materiales de los hechos sean otros, la culpa vendría determinada por la acción u omisión que produce el incumplimiento contractual en su obligación de medios, en su prestación del servicio.

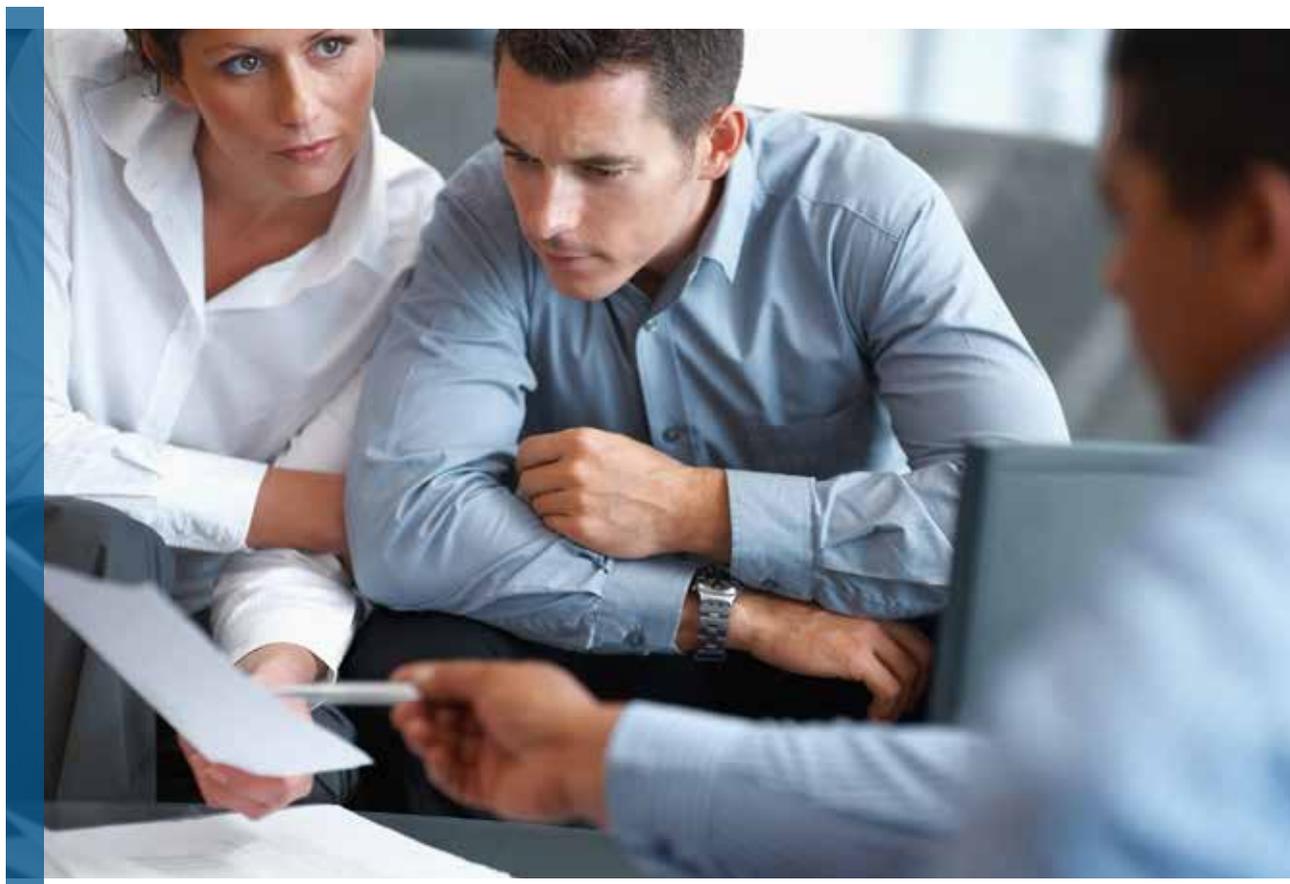
e.- *La relación de causalidad entre el hecho culpable y la pérdida de oportunidad sufrida.* La circunstancia de no funcionar el sistema de alarma o su protocolo de funcionamiento como debiera determina la pérdida de oportunidad de que el sistema cumpla con sus finalidades y objetivos: impeditivos, disuasorios, de evitación,

de obtención de elementos probatorios para la persecución de los autores materiales del delito. Haciendo una salvedad que sería si el sistema fuera total y absolutamente inidóneo para la finalidad perseguida de prestar el servicio que se ha descrito en este trabajo, es decir, el incumplimiento contractual ha de ser calificado, al menos, como *factor coadyuvante* causalmente, pues si se lograra probar con certeza que era un sistema de seguridad completamente inidóneo para evitar los hechos dañosos, seguramente sería defendible que, al no existir ningún sustrato causal, no podría fundamentarse responsabilidad por el robo.⁴⁸

f.- *La oportunidad debe cubrir un interés actual del reclamante,* es decir, que la víctima esté en situación fáctica ó jurídica para aspirar a la obtención de esas ventajas al momento del evento dañoso. Es evidente en el caso de estudio que la víctima tenía un patrimonio del cual se ha visto privado o perjudicado. Se le ha privado de la oportunidad de no sufrir una pérdida o daño. Estaba en situación de mantener su patrimonio.

En su demanda, en este tipo de casos

⁴⁸ PASQUAU LIAÑO, vid. Op. Cit. "Una valoración crítica de la aplicación..." 2016 §6



al actor se le debería exigir, en opinión del autor de este trabajo, además del resto de la carga probatoria relacionada con la reclamación de responsabilidad (relación contractual, negligencia, preexistencia, valoración, etc.) respecto a la relación de causalidad, probar con certeza que el funcionamiento correcto de la alarma o que el cumplimiento exacto del contrato habría disminuido notablemente el daño o lo habría evitado en un alto porcentaje, si fuera superior al 75-80% para ser indemnizado por la totalidad del daño⁴⁹. Tratándose de un hecho futuro si la probabilidad de producirse la frustración del robo se estima entre el 25% (otros autores rebajan al 15% el límite inferior para desestimar totalmente la demanda) y el 75-80% (por encima sería un escenario de reconocimiento total del quantum indemnizatorio), habría que aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad como se ha descrito previamente, y no el todo o nada.⁵⁰

g.- La jurisprudencia mayoritaria de la Audiencias Provinciales, la rechazan en reclamaciones por falta de cumplimiento de servicios de alarmas de seguridad. Escasas sentencias que sí la tienen en cuenta y la aplican a estos casos. La SAP de Alicante, de 2 de octubre de 2014, ROJ: SAP A 3009/2014, ponente Ilmo. Sr. Soler Pascual, que tras sufrir dos intrusiones sucesivas un mismo local con alarma instalada, no funcionando en ninguna ocasión, considera aplicable la doctrina de oportunidades, si se me permite, *sui generis*, puesto que concede el 100% de lo solicitado, por lo que se puede deducir que estimó que la probabilidad estadística de evitar el robo sería superior al 75-80%, y por ello quizás hubiera sido deseable descartar dicha doctrina y aplicar la teoría general de la causalidad para fundamentar la sentencia, en la que solo se aplica una minoración del 50% sobre el importe de

los daños en el continente producidos en la primera intrusión⁵¹.

Otra sentencia del mismo ponente, SOLER PASCUAL, ROJ: SAP A 3037/2014⁵² por la falta de funcionamiento de una alarma de un taller que permitió al ladrón acceder a la sala donde estaba la central y desconectarla sin que el dispositivo avisara a la CRA de tal contingencia y que se resuelve de forma idéntica a la anterior, considerando que hay

⁵¹ "F.D. CUARTO.- Pues bien, como el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración en la identificación de una alerta de seguridad, el carácter instrumental que tiene el conocimiento del hecho al tiempo en que se produce determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades). El daño por pérdida de oportunidades en un caso como el que nos ocupa, es sólo relativamente hipotético y debe dar lugar a indemnización porque hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. En efecto, la responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. Es menester, en suma, que exista una relación de certeza objetiva entre el incumplimiento de su obligación por parte del profesional y la falta de identificación de la alarma producida en las instalaciones de su cliente. Siendo así, la conclusión que alcanzamos es que la negligencia de la empresa supuso la pérdida de la oportunidad de frustrar el hecho delictivo en la primera de las intrusiones, e íntegramente en la segunda y, desde luego, de la posibilidad de la detención de los responsable en el acto, lo que entendemos implica que la responsabilidad patrimonial de la empresa de seguridad es por el total del hecho con la sola excepción del daño causado para la primera de las intrusiones. Debe por tanto condenarse a la demandada a asumir el coste de los daños y pérdidas padecidos por el cliente en los términos que fueron abonados por la aseguradora que con su conducta dejó constancia de la realidad del daño, de la preexistencia de los objetos sustraídos y de la titularidad del asegurado de los mismos, con la única excepción del importe de 716,28 euros -la mitad de la tasación por daños y pérdidas del continente-, correspondiente a los daños de la primera de las intrusiones."

⁵² Vid. F.D. quinto: "... Por tanto hemos entendido que si hay un fallo en dichos objetivos, que son medios respecto de la intrusión, hay una co-causalidad en la producción de los daños pues cabe la hipótesis del menor resultado en atención a la inmediata comunicación policial. Lo que hay como consecuencia del fallo del sistema, no es otra cosa que una pérdida de oportunidad de evitar el delito, tanto más de disminuir el daño y, finalmente, de identificar y detener en su caso, a los autores de los hechos. /..." y en párrafos posteriores extracto: "...Siendo así, la conclusión que alcanzamos es que la negligencia de la empresa supuso la pérdida de la oportunidad de frustrar el hecho delictivo y, desde luego, de la posibilidad de la detención de los responsables en el acto, lo que entendemos implica que la responsabilidad patrimonial de la empresa de seguridad es por el total del hecho con la sola excepción de del daño causado para la intrusión inicial en el establecimiento. /..."

⁴⁹ Vid. SAP Barcelona, 5/12/2014, sobre el cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito a cargo de la demandante en una reclamación de pérdida de oportunidad procesal. (Gonquis SL contra procurador).

⁵⁰ Vid. PASQUAU LIAÑO, op. Cit. "Una valoración crítica de la aplicación..., conclusión I.

pérdida de oportunidad por reunirse los requisitos doctrinales pero sin embargo a la hora de indemnizar lo hace por el total, descontando solo los gastos de daños a elementos fuera de control de la alarma. Lo cual es contradictorio con la esencia y finalidad de la doctrina en cuanto a ser un método de cálculo probabilístico de la indemnización, cuando no existe una certidumbre causal total sobre los daños, o superior a un 75-80%, puesto que entonces según los principios de la doctrina, se debe aplicar la teoría general de causalidad, el TODO o NADA. En estas dos sentencias existe una interpretación parcial de la doctrina, ya que reconoce el fundamento o premisa de aplicabilidad pero no la correspondiente técnica del cálculo estadístico o probabilístico que lleva necesariamente asociado.

Jurisprudencia de interés, donde aparece, aunque solo sea nombrada, la DPO: Algo similar a la pérdida de oportunidades, pero sin justificarlo o motivarlo, en la SAP De Burgos, S.ª de 15/07/2014. La SAP de Córdoba nº 227/2013, S. 1ª de 20/12/2013, que la aplica en la instancia pero estiman la apelación de la empresa de seguridad y revocan la aplicación del 15% a la indemnización reclamada que se concedió en la instancia.

La de Madrid, S. 10ª, de 13/06/2013 que cita de soslayo la doctrina sin aplicarla. SAP de Madrid, S. 8ª, de 21/12/2011, la apelada alega subsidiariamente que, en todo caso, se apreciaría una pérdida de oportunidad, la Audiencia obvia y omite comentarlo.

Otra curiosa, si se me permite, es la de Madrid, de 31/05/2011, S. 21, en la que la demandada apelada alega (F.D. 1º párrafo 4º) que en caso de aceptarse la RC solo sería por daño moral o por pérdida de oportunidad, confundiendo los dos conceptos, la sentencia descarta el daño moral por no haberse solicitado, justicia rogada, y calla sobre la DPO.

En otra sentencia de Madrid, S. 10ª, del 13/06/2013, FD 11º, resuelve sobre la defensa subsidiaria basada en aplicar la pérdida de oportunidad, planteada por la demandada, no se atiende porque la alarma no funcionó y porque *son hipótesis y conjeturas* (como incertidumbre sobre futuribles) sobre lo sucedido si hubiera funcionado.

En las SAP de Madrid, S. 12, del 27/11/2014, se revoca y reprocha la aplicación de la moderación ex art. 1103 que hizo el juzgador de instancia, que adujo que no concurría culpa grave en la actuación de la demandada para apoyarlo y en el F.D. quinto, apartado 7º desecha cualquier viso de aplicar cualquier doctrina o fundamentación que atenúe el total importe de los daños y sustracciones como monto indemnizatoria acudiendo a la previsibilidad (¿no se trataría de un hecho futurible o incierto?) de los daños causados⁵³.

D.- Prescripción de la acción.

Tratándose de responsabilidad civil contractual y al amparo de lo previsto en el artículo 1.964 C.C. el plazo actual para ejercitar la acción es de cinco años, en vigor desde el 7 de octubre de 2015 merced a la modificación operada por la D.F. Primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LEC. Asimismo, se aclara que el cómputo de este plazo de prescripción empieza a computarse desde el momento en que se pudiera exigir el cumplimiento de la obligación incumplida y que, en el caso de obligaciones “continuadas” o de tracto sucesivo, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.

Esta modificación entró en vigor el 7 de octubre de 2015, debiendo aplicarse conforme a lo previsto en la disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015, que se remite al artículo 1939 del Código Civil, en cuya virtud debe entenderse que la prescripción iniciada antes de la referida entrada en vigor se regirá por la regla anterior (quince años), si bien si desde dicha entrada en vigor transcurriese todo el plazo requerido por la nueva norma (cinco años), la prescripción surtirá efecto. Es decir, la prescripción iniciada antes del 7 de octubre de 2015 surtirá efecto cuando se alcance antes bien el quinto aniversario de dicha entrada en vigor o bien la fecha en la que finalice el plazo de quince años desde su inicio.

⁵³ *“Teniendo en cuenta que eran previsibles los daños causados, en el caso del incumplimiento de las obligaciones de la parte demandada, ésta debe responder de la totalidad de dichos daños y perjuicios, sin que en modo alguno pueda reducirse la indemnización de los daños al daño moral, o a la pérdida de una expectativa de derechos, en la medida que los daños y perjuicios derivados del incumplimiento son el importe total de los daños reclamados, y no unos hipotéticos daños morales, “que no se entiende en qué consiste, o en una pérdida de expectativa de derechos, que tampoco se entiende a qué derechos afectan, cuando la realidad y consecuencia del incumplimiento de la actora han sido los daños reclamados y tasados en virtud del correspondiente informe pericial. (SAP Madrid secc. 9, de 20 de octubre de 2011).”*

Contundente la STS de 23/04/2009 (sobre oponibilidad de la cláusula de delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil frente a la víctima que ejercita la acción directa del artículo 76 LCS), y que explicita claramente la virtualidad de la cobertura temporal del riesgo –cláusula *claims made*– y su eficacia frente a la acción directa del tercero víctima o perjudicado. Así las cosas, se señala en el fundamento octavo:

“[...] Existía, por tanto, una delimitación del periodo temporal de cobertura, que las partes podían pactar en virtud de lo establecido en el artículo 73 LCS, que les afecta y que nadie ha impugnado. En consecuencia, afecta también a los que ejerciten la acción directa. Como afirma la sentencia de 4 de junio de 2008: *“En conclusión, nos hallamos ante unas cláusulas delimitadoras del riesgo, que definen de forma clara el siniestro que dará lugar a la reclamación y además, determinan el período temporal de cobertura, que se identifica en tiempo de vigencia del contrato, dentro del que debe haberse efectuado la reclamación que obliga al asegurado a indemnizar a perjudicado [...]”*. Al no haberse podido oponer dichas cláusulas a la aseguradora, se ha vulnerado la norma del artículo 76 LCS, porque es cierto que dicha aseguradora es responsable si su asegurado lo es, pero siempre de acuerdo con las condiciones pactadas en el contrato”.⁵⁴ En opinión de **YZQUIERDO TOLSADA**⁵⁵, esas cláusulas sí son oponibles al tercero reclamante, según la jurisprudencia, aunque si el artículo 73, p^o 2^o LCS las califica expresamente como limitativas, deberían cumplir los requisitos previstos en el inciso final del artículo 3: que estén destacadas de modo especial y específicamente aceptadas por escrito.

La responsabilidad del asegurador de la RC y el demandado es solidaria impropia ante la acción del perjudicado, entendiendo que existe solidaridad en la responsabilidad, que no en la obligación. Y hablando de la prescripción extintiva y la solidaridad

impropia, **SEOANE SPIEGELBERG**⁵⁶, en base a lo resuelto por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de marzo de 2003⁵⁷, considera que la interrupción de la prescripción con respecto a un deudor solidario no afecta al resto de deudores no interpelados, contrariamente a lo previsto en el art. 1974 C.C., para la solidaridad propia.

V.- La intervención de las aseguradoras (del prestador del servicio y del arrendatario).

El concepto de robo a efectos de su aseguramiento viene escuetamente regulado y definido en los artículos 50 a 53 de la L.C.S. Deliberadamente o no, la LCS ha huido de los encorsetamientos semánticos y sus significantes, evitando una calificación técnico jurídica de robo estricta y pura, según opina VEIGA COPO, A. Tratado del contrato de Seguro, T. II págs. 148-150. La cobertura comprende también el daño causado por la comisión del delito en cualquiera de sus formas. Pero para la cobertura concreta del siniestro habrá de estarse a la redacción y contenido del contrato de seguro que se trate, lo efectivamente pactado.

El asegurado debe probar la existencia del robo o sustracción, hablando en sentido amplio, y la preexistencia de los objetos, dinero y bienes asegurados en el momento de siniestro, así como su valor, para poder exigir la indemnización de la aseguradora. En caso de desacuerdo, habrá de acudir al procedimiento pericial del artículo 38 LCS. Es normal que en este seguro, que junto a la sustracción ilegítima como *condicio sine qua non* para el abono de la indemnización el transcurso de un determinado plazo temporal sin que la cosa sea recuperada para hacer efectiva aquella⁵⁸.

Es habitual u ordinario en la práctica que la aseguradora a la hora de presupuestar la prima a pagar por el asegurado se informe sobre las medidas de seguridad adoptadas e instaladas por el asegurado en el bien a proteger, entre ellas la tenencia de alarma, de tal manera que en función de la presencia mayor o menor de éstas sea el precio a pagar o bien que incluso rehúse su aseguramiento si considera que no tiene una mínima o adecuada protección en relación

⁵⁴ VEIGA COPO, A.B. Tratado de Seguros” T. II, Civitas Aranzadi, 2014. T. II pág. 362. Sobre esta sentencia SOTO NIE-TO, “Cláusulas de delimitación temporal del riesgo en el contrato de seguro de responsabilidad civil”, Diario La Ley, 8/03/2010, págs. 1 y ss.

⁵⁵ YZQUIERDO TOLSADA En Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, T. VIII, p. 818, Ed. Cizur Menor Aranzadi, 2014.

⁵⁶ SEOANE SPIEGELBERG “Problemática de la intervención de terceros en los procesos de responsabilidad civil”, Ponencias sobre RC Y Derecho de circulación, XV Congreso nacional de la Asociación de abogados especializados en RCS, Coord. López y G^a de la Serrana, J. y Cano Herrera, L.J., SEPÍN 2016, pág. 104 y ss.

⁵⁷ ROJ: STS 1754/2003.

⁵⁸ VEIGA COPO, A. op. Cit. Pag. 157

con los bienes y capitales que se pretenden asegurar. Como en el caso de alguna sentencia que reprochó a la aseguradora que demandaba a la empresa de alarmas, su poca diligencia a la hora de asegurar el local objeto del robo sin verificar antes el estado de funcionamiento y el diseño de la instalación del dispositivo de alarma.

Una vez que la aseguradora ha indemnizado a su asegurado por haber sufrido un robo puede ejercitar la Acción de subrogación del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro (L.C.S. en lo sucesivo). Es muy habitual que la aseguradora del arrendatario del servicio de alarma, accione contra la contratista arrendadora del servicio reclamando la responsabilidad civil de ésta secundaria a una negligencia o culpa que supuso incumplimiento contractual o cumplimiento defectuoso⁵⁹.

Responsabilidad civil directa de la aseguradora de la arrendadora del servicio. Seguro obligatorio.

Las empresas de seguridad deben disponer de un seguro de responsabilidad civil que responda ante los riesgos provocados por su actividad y que cubra sus incumplimientos contractuales provocados por su actividad. El contrato de seguro de responsabilidad civil está regulado en los artículos 73 a 76 de la L.C.S. El artículo 75, hasta su derogación con efectos desde el 1 de enero de 2016, establecía la obligatoriedad de contratar un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquellas actividades que se determinaran por el Gobierno por su especial peligrosidad. La existencia de ciertas actividades con una marcada impronta de riesgo y peligrosidad imponen la necesidad de una cobertura aseguradora.⁶⁰ El Artículo 76 L.C.S prevé la acción directa.

El perjudicado o su aseguradora en virtud de este precepto pueden dirigir su reclamación directamente contra la aseguradora de la contratista como responsable a la que se le imputa la negligencia que ha derivado en incumplimiento contractual. Para ello es preciso, lógicamente que la parte perjudicada sea conocedora de la aseguradora a la que reclamar y de la cobertura del contrato, ya sea porque haya sido informada de ello

voluntariamente por la contratista, porque así conste en el contrato o por haberse tramitado diligencias preliminares para su averiguación como acto preparatorio del juicio.

Seguro Obligatorio. Para recibir la autorización administrativa y posterior inscripción en el Registro Nacional de Seguridad Privada o en el correspondiente autonómico, es preceptivo suscribir un contrato de seguro de responsabilidad civil o constituir otras garantías financieras en la cuantía y con las condiciones que se determinen reglamentariamente, según dispone el artículo 19.1 e) de la LSP 2014. En caso de que el contrato de seguro contenga cláusulas de limitación cuantitativa de la indemnización, éstas son oponibles y aplicables a terceros, en el caso de reclamación por importe superior al límite contratado la aseguradora pagará hasta donde tenga convenido con su asegurado, o bien, si el asegurado ha excedido por partes anteriores el límite indemnizatorio.

El derecho del tercero perjudicado a dirigir su reclamación directamente contra la aseguradora del causante del daño no nace del contrato (aunque presuponga la existencia de éste) sino del acto dañoso del asegurado. Legitimados para el ejercicio de la acción directa contra la aseguradora lo han de ser quienes lo serían si la reclamación se viniese a ejercitar sólo contra el asegurado causante del daño, **YZQUIERDO TOLSADA**⁶¹, Es por ello que ostentará también legitimación activa el asegurador del robo o daños del perjudicado que puede reclamar en virtud del derecho legal de subrogación del artículo 43 LCS hasta el límite del importe que a su vez haya satisfecho como indemnización.

El asegurador de la responsabilidad civil de la contratista podrá ser demandado conjuntamente con su asegurada. Esto no es necesario pero sí conveniente hacerlo, dando lugar con ello a un *litisconsorcio simple o voluntario* que permite que se diluciden en un mismo procedimiento la responsabilidad del asegurado y la cobertura del siniestro por el asegurador, ver **YZQUIERDO TOLSADA**⁶². *Existencia de solidaridad impropia* (ATAZ LÓPEZ, entre otros, dentro de una doctrina y jurisprudencia pacífica)⁶³ **VEIGA COPO** indica que el asegurador

⁵⁹ Ver SAP nº 68/2015 de Madrid de 13 de febrero de 2015 y SAP de Madrid, nº 439/2015 de 25 de noviembre.

⁶⁰ VEIGA COPO, A. "Tratado de Seguros" T. II, obra cit., pág. 1204 y 1205.

⁶¹ En Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, T. VIII, Ed. Cizur Menor Aranzadi, 2014. p. 805 y ss.

⁶² YZQUIERDO TOLSADA, op. Cit. P. 807.

⁶³ Ver ATAZ LÓPEZ: "La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del TS", AEARCS, Cáceres, 2006, epígrafe 2.1.2.c).

se convierte, hasta cierto punto y sin duda, en una suerte de *codeudor solidario*.⁶⁴ Ver Sentencias donde se declara solidaridad de aseguradora y empresa: SAP de La Coruña, S. 6ª, de 30/06/2015 que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación Z (la aseguradora del perjudicado), se condena a S. D. a indemnizar a Z. en 138.615,64 euros, y a XL I.CL indemnizar a Z, solidariamente con la anterior, en 58.615,64 euros de la referida cantidad, más los intereses legales de dichas sumas -con solidaridad en cuanto a las cuantías en que coincidan, y la de Madrid de 25/11/2015.

Sobre excepciones oponibles e inoponibles, **YZQUIERDO TOLSADA**, op. Cit. Págs. 808 y ss.

VI. Valoración jurisprudencial y conclusiones.

Aparentemente, una parte los Juzgados de Instancia estarían considerando de manera no uniforme los requisitos y elementos para determinar la existencia de responsabilidad. Podría deducirse, tras leer Sentencias de las Audiencias, que escuetamente refieren las de instancia impugnadas, que hay uniformidad parcial en el tratamiento de casos similares o idénticos en muchas ocasiones en lo esencial de lo fáctico. Aplicando criterios o estándares distintos para tratar los requisitos de la prueba y su valoración, su distribución de carga en función de la facilidad probatoria y la relación de causalidad. Unos cuando aplican la moderación lo hacen a “*ojo de buen cubero*”, dicho sea respetuosamente y a efectos ilustrativos, con base en el 1103 CC, otros no, y casi ninguno contempla la doctrina de la pérdida de oportunidades, cosa que tampoco hacen las Audiencias. Es muy indicativo de ello, que se estimen muchas apelaciones, ya sea total o parcialmente, tras desestimarse su pretensión en primera instancia y que parece manifestar mayor claridad en los conceptos.

Hay distintos criterios sobre lo que constituye o no incumplimiento, aunque hay que estar al caso concreto. En las Audiencias, generalmente existe mayor uniformidad en el tratamiento de estos casos en función de una correcta definición y concreción de la naturaleza de los contratos

⁶⁴ Veiga Copo, A. B., Op. Cit. Pág. 318.





y su análisis caso a caso, para discernir si ha habido fallo en el funcionamiento, si eso ha sido determinado por culpa del prestador del servicio, si eso constituye un incumplimiento contractual, de una parte. Y de otra sentado lo anterior, entrar en la prueba relativa al daño, su preexistencia, su valor, etc. en la relación de causalidad, se detienen menos, ya que prácticamente hacen aplicación automática de la teoría general de la causalidad, y solo aplican esporádicamente una reducción de la indemnización por falta de prueba del daño o por apreciar alguna culpa o negligencia del arrendatario, pero se echa de menos una motivación mayor en la justificación de esa moderación y a qué criterios obedece cuantitativamente hablando. Lo que se pretende con este trabajo es analizar y cuestionar si el incumplimiento contractual debe conllevar una responsabilidad automática y resarcirse el 100% del daño cierto probado. El estudio de la existencia de una incertidumbre causal y que el curso de los hechos a los que se les confiere certeza al concederse la indemnización total por la pérdida, no sería incierto o hipotético, y por tanto se debería analizar la probabilidad e intensidad de su acaecimiento para distribuir equitativamente sus consecuencias.

Sobre la alegación de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades, nunca la hace el actor perjudicado, como es típico en otros supuestos de reclamación por incumplimientos de prestación de servicios, negligencias profesionales básicamente, sino que lo alega en su defensa el demandado, y nunca cómo alegato exclusivo, haciéndolo de manera tibia y subsidiaria al alegato basado en la negación de su culpa o del incumplimiento, lo que es paradigmático de lo que sucede en estos supuestos. Haciendo esta alegación para que se les reduzca la condena indemnizatoria. Porque cuando se estima la acción, en un alto porcentaje de casos en fase de apelación, suele ser por el total reclamado menos descuentos insignificantes por falta de prueba de preexistencia, de su valor o daños de escasa cuantía al forzar el acceso al inmueble.

La problemática y complejidad del cálculo probabilístico inherente a la doctrina de la pérdida de oportunidad, primariamente para estudiar el hecho futuro incierto,

el hipotético curso causal si no se hubiera producido el incumplimiento contractual, quizás sea el escollo mayor para adentrarse y experimentar con esa opción. De ello se debería derivar una estimación porcentual, pudiendo ser el resultado directo o quizás otra operación matemática para llegar al montante indemnizatorio, eso probablemente sea lo idealmente justo en opinión de algunos, entre los que me incluyo, pero ciertamente muy complicado de llevarlo a cabo actualmente. Es de suponer que entre la doctrina científica, los profesionales jurídicos y la jurisprudencia sepamos dar respuesta acertada a las cuestiones que se suscitan. Debería acudir a estadísticas o factores que ayuden a llegar al resultado probabilístico, dejo apuntados algunos: Tiempo medio de respuesta de los servicios policiales ante aviso de alarma; influencia reductora de la alarma en la tarificación de la prima de seguro de robo; estadísticas elaboradas por las empresas de seguridad (quizás la publicación de estos datos podrían ser adversos comercialmente), etc.

Bibliografía:

- ALONSO PÉREZ, M^a T. “El Arrendamiento de servicios”, Cap. I del Tomo IV de “CONTRATOS civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias”, director Yzquierdo Tolsada. Ed. Aranzadi 2014.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. en “Comentarios al C.C.” T. VI, Director BERCOVITZ RGUEZ-CANO, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- FEMENÍA LÓPEZ, P.J., “La indemnización por daños personales ante la falta de ganancias: lucro cesante y pérdida de oportunidades”, Derecho de Daños, Coord. Herrador Guardia, SEPIN 2011.
- ITURMENDI MORALES, “Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en RCS, ISSN-e 1887-7001, N^o. 46, 2013, págs. 23-48.
- MEDINA ALCOZ, L., “La Teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial del derecho de daños público y privado”, Thomson Civitas, 2007.
- MEDINA ALCOZ, L., “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidad” Revista de la Asoc. Española de Abogados Espec. en R.C.S., n^o 30, 2^oT 2009.
- MEDINA CRESPO, La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y jurisprudencia. T. III. Vol. II. Las consecuencias patrimoniales. El lucro cesante. Propuestas generales de lege ferenda. Dykinson, 2000.
- PASQUAU LIAÑO, M. “Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos propios de la intervención médico quirúrgica: cuándo se responde y como se determina el importe indemnizatorio”, Ponencias XII C. Nacional Asoc. E. de abogados espec. en RCS, Coord. J. L. y G^a de la Serrana y Estrella Ruiz, F., SEPIN 2012.
- PASQUAU LIAÑO, M. “Una valoración crítica de la aplicación jurisprudencial de la doctrina de la pérdida de oportunidades”, en Manual Daño, Responsabilidad y Seguro, Director Herrador Guardia, M.J., Ed. F. Lefebvre 2016.
- SEOANE SPIEGELBERG, “Justificación de la responsabilidad civil ante los Tribunales: la carga de la prueba”, Ponencias XII C. Nacional Asoc. E. de Abogados especializados en RCS, Coord. López y G^a de la Serrana, J. y Estrella Ruiz, F., SEPIN 2012.
- SEOANE SPIEGELBERG “Problemática de la intervención de terceros en los procesos de responsabilidad civil”, Ponencias sobre RC y Dcho. de circulación, XV C. Nacional de la Asoc. de Abogados Espec. en RCS, Coord. López y G^a de la Serrana, J. y Cano H., L.J., SEPÍN 2015.
- SOTO NIETO, “Cláusulas de delimitación temporal del riesgo en el contrato de seguro de responsabilidad civil”, Diario La Ley, 8/03/2010, artículo.
- VEIGA COPO, A.B., “Tratado de Seguros” T. II, Civitas Aranzadi, 2014. T. II.
- YZQUIERDO TOLSADA En Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, T. VIII, cap. 9, Ed. Cizur Menor Aranzadi, 2014.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

**Responsabilidad civil profesional.
Negligencia en la prestación de servicios jurídicos.
Asesoramiento para aceptar un inmueble
como dación en pago que resulta estar gravado con dos
embargos. Ejercicio colectivo de la abogacía.
Reparación in natura**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 1 de julio de 2016.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Maera Frigicoll SA (ahora Frigicoll Valencia,SL) formuló demanda contra don Pedro Jesús y Iuris Slog SCV, a los que reclamó los daños y perjuicios ocasionados por una negligente prestación de servicios jurídicos consistentes en realizar cuantas actuaciones fueran precisas y necesarias para alzar y cancelar un doble embargo, ejecutivo y preventivo, con más las anotaciones respectivas en el Registro de la Propiedad, trabados sobre la finca propiedad del demandante, y al pago de los costes y gastos económicos necesarios para obtener dicha cancelación, ejecutándose a su costa si no lo hicieron o lo hicieron defectuosamente.

Los servicios jurídicos negligentemente prestados consistieron, en breve síntesis, en lo siguiente: don Pedro Jesús, como integrante de Iurislog SCV, asesoraba a la actora, cobrando una iguala. En tales tareas de asesoramiento, y ante la deuda que un tercero mantenía con la actora, esta, que ostentaba un crédito hipotecario frente a su deudor, fue aconsejada para que aceptase de este la dación en pago del inmueble, siendo estos quienes redactaron el contrato privado de dación, que se elevó a escritura pública y fue inscrito en el registro de la propiedad, resultando que con posterioridad al crédito hipotecario y antes de la inscripción de la adquisición por dación en pago, se habían anotado en el registro un embargo preventivo y un embargo ejecutivo que ahora pesan sobre el inmueble del actor.

La sentencia de instancia desestimó la demanda por falta de acreditación de la participación de los demandados en los hechos que se les imputa, además de no apreciar ningún elemento de infracción de las propias reglas de la profesión, dado que el letrado cumplió con el encargo redactando el contrato, con la información que contaba; resolución contra la que se alzó la parte actora.

La sentencia que ahora se recurre en casación estimó el recurso y estimó íntegramente la demanda. La sentencia no ha sido recurrida por Iurislog SCV. Lo ha sido exclusivamente por don Pedro Jesús por interés casacional.

SEGUNDO.- Se formulan cinco motivos. Los cuatro primeros se formulan por vulneración del artículo 1101 del Código Civil y oposición a la jurisprudencia de esta Sala en cuanto: a) establece los requisitos cuya concurrencia exige la determinación de responsabilidad civil profesional del abogado, en particular el requisito del nexo de causalidad entre la conducta negligente y el daño causado; b) impone el deber de urdir un cálculo prospectivo del buen éxito de la acción en la determinación del importe de la indemnización; c) establece la aplicabilidad del principio de proporcionalidad en el establecimiento de la indemnización, y d) establece la legitimación pasiva en el caso de responsabilidad contractual y la doctrina de unidad de culpa civil.

Se desestiman todos ellos.

1.- El primero se formula en contra de los hechos declarados probados por la sentencia. Se pretende introducir a un tercero (quien redacta el recurso y a Iurislog, que no ha recurrido





la sentencia) y excluir a don Pedro Jesús en la gestación del negocio jurídico del otorgamiento en la escritura de dación en pago y registro de la misma, posiblemente porque la sentencia confunde los actos de esta parte con lurislog, siendo así que solo intervino en un acto previo: la redacción del contrato privado de dación en pago, que no comportó, por sí mismo, ningún daño a la actora.

La sentencia estima probado que don Pedro Jesús y la entidad lurislog SCV han incurrido en un error al valorar las cargas y gravámenes que recaían sobre la finca, lo que ha generado un perjuicio a los actores, los cuales no actuaron, como pretenden los demandados, de forma autónoma sino asesorados por aquellos. También considera probado que por parte del señor Pedro Jesús y, por tanto, por la mercantil lurislog SCV, a través de la cual prestaba sus servicios de asesoramiento, se incurrió en un error al recomendar y redactar un contrato de dación en pago, puesto que con ello se agravaba la situación acreedora de la mercantil actora, y dicha negligencia ha generado un daño concreto a esta, el tener que soportar la carga de los dos embargos, uno ejecutivo y otro preventivo, que eran de fecha posterior a su garantía hipotecaria inscrita en el Registro de la Propiedad. El letrado, en definitiva, -señala- conocía, o debía conocer, puesto que así se lo comunicó la actora a la compañera del despacho y ésta entregó el expediente al demandado, que sobre el bien inmueble pesaban dos embargos, y sobre estos hechos probados la sentencia aplica correctamente la doctrina de esta Sala que se dice infringida.

2.- El segundo reprocha a la sentencia no haber urdido un cálculo prospectivo del buen éxito de la acción en la determinación del importe de la indemnización. Olvida que lo que se reclama en la demanda, y lo que impone la sentencia, no es la condena al pago de una indemnización para reparar el daño causado por la pérdida de una acción, sino el daño que resulta de la adquisición de inmueble con dos embargos anotados previamente, uno ejecutivo y otro preventivo, que eran de fecha posterior a la garantía hipotecaria, cuya reparación se pretende mediante una condena que extinga la carga de ambos embargos. No se opone, en definitiva, a la doctrina de esta sala.

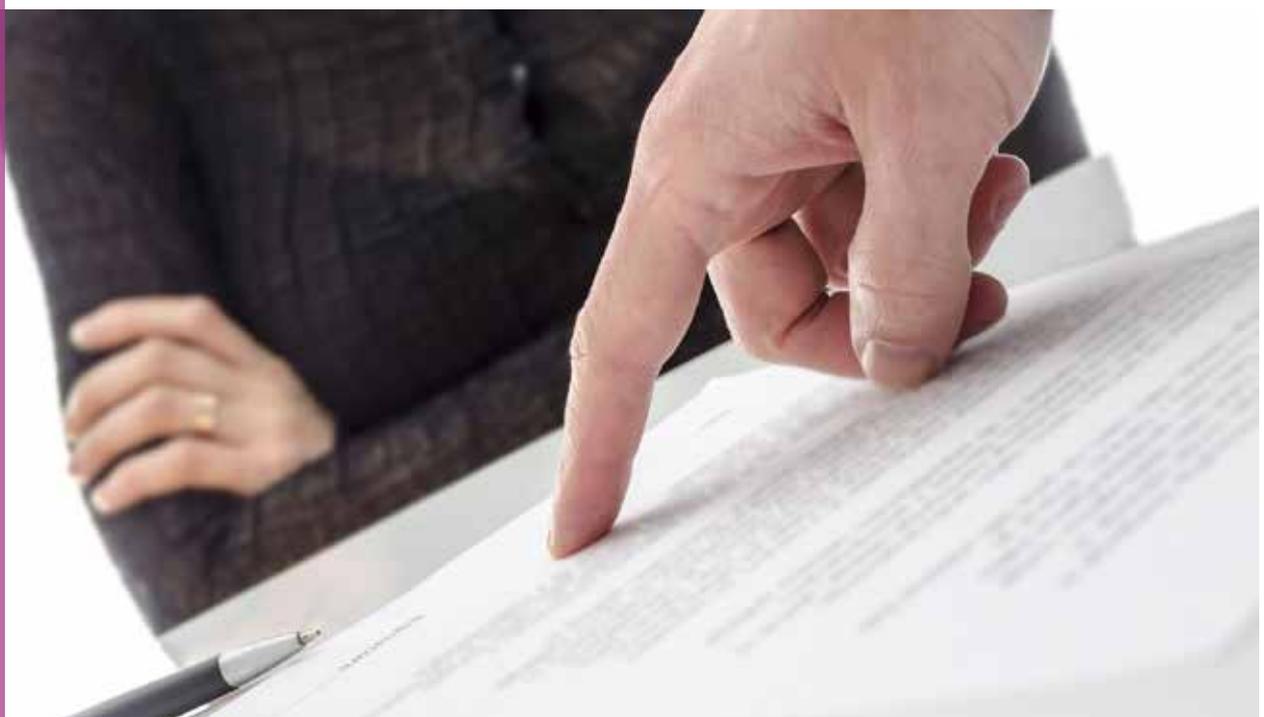
3.- En el tercero se dice que existe una notoria desproporción entre el daño producido y la indemnización fijada. Señala que la actora es la propietaria de la finca y que las consecuencias negativas que puede sufrir fruto de los embargos es la pérdida de la mitad indivisa de la finca

o, en su caso, una merma del valor de transmisibilidad de esta, argumento que no es cierto pues no se advierte que se haya incurrido en una notoria desproporción entre el daño sufrido por el demandante y las consecuencias derivadas de la negligencia. El daño no se suple mediante una indemnización fijada con arreglo a las circunstancias del caso, entre las que no están las posibilidades de éxito de las actuaciones frustradas por esta negligencia, sino mediante una condena de hacer a cargo de los demandados.

Dice la sentencia de 28 de septiembre de 2015, dictada en un caso similar a este, que las formas de reparar el daño son la reparación específica o "in natura" y la indemnización por equivalencia. La reparación "in natura" consistirá en reintegrar la esfera jurídica que se ha lesionado a otra persona a su estado anterior a la causación del daño, colocando al damnificado en la situación en la que se encontraría si no se hubiese producido el evento dañoso. Pues bien, existe un daño consistente en «tener que soportar la carga de los dos embargos, uno ejecutivo y otro preventivo, que eran de fecha posterior a su garantía hipotecaria inscrita en el Registro de la Propiedad» y que la parte demandada debe reparar «asumiendo el levantamiento de las dos cargas, de los dos embargos, que pesan sobre la vivienda, con sus respectivas anotaciones en el Registro de la Propiedad, y de este modo, dejar a los actores, acreedores, en la posición jurídica que ostentarían antes de firmar la escritura de dación en pago». Tal

pretensión, aunque pudiera haberse formulado otra distinta, la estima el Tribunal de instancia por entender que así se ha interesado y que es la forma correcta de reparar el daño. Por lo que no se aprecia infracción alguna de la doctrina de la Sala que justifique el interés casacional y la estimación del motivo.

4.- En el cuarto, que debería ser el primero, cuestiona la legitimación del letrado, dado que la relación de contrato se estableció con luri-log, lo que no es correcto. La relación existente entre el letrado y la sociedad en la que se integra, cuya forma no ha sido objeto de discusión en esta litis, se ajusta a la situación prevista en el artículo 28 del Estatuto General de la Abogacía, donde al regular el ejercicio de la abogacía colectivamente, mediante agrupación de cualquier forma lícita en derecho, señala que la responsabilidad civil que pudiera tener el despacho colectivo (art. 28.7) será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada; y, continúa el precepto, «además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado» (Sentencia 21 de octubre 2013). En consecuencia, la responsabilidad del Sr. Pedro Jesús producirá los efectos que le son propios dentro de la relación interna societaria, pero ello en nada afecta a los derechos del cliente, quien ha sufrido las consecuencias de una actuación negligente perfectamente individualizada.



En la mayoría de los supuestos de negligencia profesional del abogado, el daño causado al perjudicado, normalmente al cliente, se identifica con la llamada pérdida de oportunidad, la frustración de las expectativas que sufre el cliente al no poder ejercitar una acción en reclamación de sus intereses con la cual dar respuesta a sus pretensiones.

La valoración de ese daño, de esa pérdida de expectativas, se alcanza atendiendo a la verosimilitud de sus pretensiones, para lo cual se hace necesario realizar un cálculo retrospectivo de cuáles eran las posibilidades de éxito de aquella acción que finalmente ha resultado frustrada, dándose la circunstancia de que la indemnización que pudiera corresponder al cliente va a estar en función del porcentaje de éxito de sus pretensiones que resulte acreditado.

Todo ello se articula casi siempre a través de una solicitud de indemnización económica por parte del perjudicado, pero no es así como ocurre en el caso que nos ocupa, y ésta es sin duda la nota característica que marca su especialidad.

En el presente supuesto de hecho la parte actora solicita una condena de hacer consistente en que el letrado responsable devuelva a sus clientes al estado anterior en el que se encontraba su patrimonio antes de asesorarles para que aceptaran la dación en pago del inmueble que les ofreció su deudor; ello supone que el letrado tenga que hacerse cargo de los gastos que conlleva levantar los embargos que resultó tener el inmueble al inscribir la citada dación en pago, pues con la existencia de los mismos la dación en pago quedaba sin sentido.

En el presente supuesto de hecho la parte actora solicita una condena de hacer consistente en que el letrado responsable devuelva a sus clientes al estado anterior en el que se encontraba su patrimonio antes de asesorarles para que aceptaran la dación en pago del inmueble que les ofreció su deudor; ello supone que el letrado tenga que hacerse cargo de los gastos que conlleva levantar los embargos que resultó tener el inmueble al inscribir la citada dación en pago, pues con la existencia de los mismos la dación en pago quedaba sin sentido.

El Tribunal Supremo desestima todos los motivos de casación alegados por el letrado recurrente, considerando que no ha existido vulneración de las normas que regulan la materia en cuanto a valoración del daño causado por cuanto no estamos ante la existencia de una acción frustrada sino que el actor ha solicitado una reparación del daño causado in natura, totalmente prevista y admitida por nuestro ordenamiento jurídico. Por este motivo no se vulnera la doctrina sobre la pérdida de expectativas y su valoración en los términos en que antes ha sido expuesta, pues el supuesto es distinto. La Sala estima que en este caso la reparación del daño pasa por devolver al actor al estado que se encontraba antes de que el letrado cometiera la actuación que ha sido considerada negligente, y ello supone que el mismo se haga cargo de los gastos que suponen levantar los embargos existentes en el inmueble adquirido por los clientes.

COMENTARIO

Por último cabe destacar los argumentos por los que se desestima un interesante motivo de casación esgrimido por el recurrente, cual es la vulneración del artículo 3.2 del Código Civil y de la doctrina de la Sala Primera que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa, planteándose como exceso desproporcionado en la indemnización concedida con el empobrecimiento del recurrente y el enriquecimiento de dos terceros. La Sala desestima este motivo por no haberse alegado previamente en las instancias anteriores y además por no ser el mismo supuesto tratado por la misma en las Sentencias que han sido aportadas al Recurso.

Sin embargo debiéramos resaltar la parte de razón que a mi juicio pudiera tener el recurrente al alegar dicho motivo de casación, por cuanto de los hechos contemplados en la Sentencia al parecer el cliente perjudicado poseía tan solo un porcentaje del inmueble que le fue adjudicado en dación en pago, motivo por el cual ciertamente resultaría un enriquecimiento injusto para los otros propietarios del mismo al verse liberados de unos embargos con cargo al letrado, cuando el título por el que éste debe responder obedece a la existencia de una relación profesional mantenida tan sólo con uno de esos tres propietarios y no con el resto.

Entiendo que dicho motivo de casación pudiera haber corrido otra fortuna si se hubiera alegado la vulneración de normas y doctrina a la hora de valorar los hechos objetos de debate y realizar las correspondientes valoraciones jurídicas de los mismos en Sentencia.

Dicho motivo de casación pudiera haber corrido otra fortuna si se hubiera alegado la vulneración de normas y doctrina a la hora de valorar los hechos objetos de debate y realizar las correspondientes valoraciones jurídicas de los mismos en Sentencia.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Responsabilidad civil de construcción. Confusión entre plazo legal de garantía y plazo de prescripción previstos en la LOE, en un supuesto de daños continuados.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 1 de julio de 2016.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El recurso de casación se formula contra la sentencia que desestima la excepción de prescripción invocada por el recurrente, don Daniel, arquitecto, al amparo del artículo 18 de la Ley de Ordenación de la Edificación, que había sido estimada en la sentencia del juzgado. También se formula recurso extraordinario por infracción procesal por infracción del principio de congruencia contenido en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que en el suplico de la demanda se pedía únicamente la condena de Innovaciones Bangor, SL a abonar la suma de 1.506,60 euros, y, sin embargo, la sentencia recurrida incluye en su fallo la condena solidaria tanto de esta sociedad como del

recurrente, sin que la de este último sea procedente pues nada se pidió contra él por esta partida.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- El recurso se estima por las mismas razones que lo fundamentan y que la parte recurrida no cuestiona aunque pretenda su inadmisión porque la ahora recurrente pudo haber pedido la subsanación ante la Audiencia Provincial dado que se trata de un simple error respecto a este punto concreto, bien mediante aclaración del artículo 214 LEC, bien mediante el trámite de subsanación que establece el artículo 215.

Se estima porque la vía de la aclaración, subsanación y complemento, que permiten los arts. 214 y 215 LEC, es adecuada para corregir errores u omisiones de pretensiones accesorias, como la falta de pronunciamiento sobre las costas o sobre intereses, pero en ningún caso para anular y sustituir, por otros de signo diverso, los pronunciamientos sobre las pretensiones principales, como ocurre en este caso en el que, de no admitirse, devendría firme un pronunciamiento de condena que nunca pudo alcanzar a quien recurre.

Recurso de casación.

TERCERO.- El interés casacional del recurso se da en la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina de esta sala, por la confusión entre el plazo legal de garantía - art. 17 LOE - y el plazo de prescripción - art. 18 LOE - con infracción de estas normas que son las aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso en lo que a este recurso se refiere; confusión que se produce al decir la sentencia (FJ Segundo) lo siguiente:

«La impugnación inicialmente formulada por la recurrente en cuanto considera que debe revocarse la declaración de prescripción de la acción entablada frente al arquitecto superior, D. Daniel, debe ser estimada, toda vez que aunque no se comparten las argumentaciones referidas a la interrupción del plazo prescriptivo de la acción ejercitada frente al arquitecto superior por haberse producido reclamaciones frente a la promotora, ni se observe infracción alguna de la doctrina jurisprudencial relativa al inicio del plazo prescriptivo en casos de daños continuados, ni tampoco en la que establece como dies a quo del plazo prescriptivo el día en que pudo ejercitarse la acción; toda vez que consta acreditado como se conoció la aparición de defectos que luego han ido posteriormente aumentando progresivamente por no ser atendidos, si bien pudo



ejercitarse la acción desde el momento en que tuvo conocimiento la demandante de la presencia de daños en el edificio, sí se aprecia un error en la aplicación del plazo de caducidad, ya que los defectos reclamados no son meros defectos relativos a la habitabilidad que por comprenderse dentro del apartado 1c) del art. 3 de la LOE pueden ser objeto de reclamación durante tres años, sino que por su entidad pueden entenderse comprendidos dentro del apartado

1b) del art. 3, ya que afectan a la seguridad estructural y a la seguridad en caso de incendio... Así las cosas y teniendo en cuenta que la actuación del arquitecto superior afecta a la situación de elementos estructurales, no cabe sino considerar que los daños pueden incardinarse en el apartado 1º) del art. 17 de la LOE y por lo tanto durante diez años es posible la reclamación por los daños materiales causados en el edificio, dado que son consecuencia de vicios o defectos que afectan a soportes, vigas, forjados, muros de carga u otros elementos estructurales y que comprometen directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio».

La sentencia se opone sin duda la jurisprudencia de esta Sala con la precisión, dado que se cuestiona en la oposición al recurso su correcta admisión por la falta de identidad de las sentencias citadas con el objeto enjuiciado, de que no es necesario que las sentencias invocadas se refieran a un supuesto fáctico idéntico al resuelto en la sentencia recurrida y de que, en todo caso, la parte recurrente justifica que la resolución del problema jurídico planteado se opone al criterio seguido por la jurisprudencia.

En efecto, las sentencias de 19 de julio 2010 y 18 de febrero 2016, referidas al artículo 1951 del Código Civil, pero teniendo en cuenta la Ley de Ordenación de la Edificación, declaran lo siguiente: «La garantía es el plazo que la Ley ofrece a los adquirentes de viviendas y locales para protegerles durante un plazo determinado de los daños causados por una mala construcción (tres plazos en la LOE)». Si el daño surge dentro de este plazo los agentes responderán en función de su intervención en la obra. El término no es de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, como señala reiterada jurisprudencia en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad ex lege es requisito imprescindible que los vicios o defectos se exterioricen o produzcan dentro de su vigencia a contar «desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas» (Arts. 6.5 y 17.1), suprimiendo el punto de partida anterior «desde que concluyó la construcción», vigente



en el momento de los hechos, que tanto dividió a la doctrina a la hora de concretarlo: a) el de la terminación material de la obra; b) el de la entrega o puesta a disposición de la obra, y c) aquel en que la obra ha sido aprobada y recibida por el comitente. La prescripción, por el contrario, tiene que ver también con el paso del tiempo, pero de una forma distinta puesto que no es más que el cumplimiento del plazo que la Ley concede a los perjudicados para hacer efectivo su derecho mediante el ejercicio de las acciones correspondientes».

Pues bien, la sentencia dice lo que dice y no lo que quiere que diga la parte recurrida tachandola de confusa y errónea, pero correcta en cuanto al fondo. La sentencia confunde el cómputo de los plazos prescriptivos del artículo 18 LOE con los de garantía del artículo 17, y parece situar el inicio de aquellos con la terminación de estos al hacerlos correr en su integridad. Dichos plazos - sentencia 5 de julio de 2013 - responden a distintos conceptos sin que pueda operarse su acumulación. Así, mientras los plazos del artículo 17 responden a un presupuesto y marco objetivable de responsabilidad (como trasunto de la responsabilidad del 1591 del Código Civil), los plazos del artículo 18 responden, con independencia, a un presupuesto de accionabilidad para exigir la responsabilidad anteriormente prevista; de forma que previamente observados los defectos o vicios constructivos, dentro del marco establecido por los plazos de garantía y, por tanto, sin la necesidad de integrar la totalidad de dicho plazo, el plazo de dos años para exigir la responsabilidad por los daños materiales dimanantes de los vicios o defectos comenzará a contarse desde el momento en que se produzcan.

Así lo dijo la sentencia del Juzgado y así lo mantiene la sentencia de la Audiencia que parte de los mismos hechos, aunque saque conclusiones equivocadas. Lo cierto es, como señaló acertadamente la sentencia de Primera Instancia, que la obra se terminó el 27 de enero de 2006, siendo así que, «como muy tarde», es el día 6 de noviembre de 2008 cuando se tiene pleno y detallado conocimiento de los defectos objeto del litigio, los mismos que se demandan en este pleito, y han sido acogidos, y no otros distintos que pudieran devenir en el futuro, según el informe del arquitecto sr Cesareo, que «visitó por segunda vez el edificio y en donde tuvo pleno y detallado conocimiento de los defectos objeto de litigio», y que no ha sido cuestionado a través del recurso correspondiente, produciéndose la primera reclamación al arquitecto el 15 de noviembre de 2010, siendo así que la acción pudo ejerci-

tarse, como dice la sentencia recurrida, «desde el momento en que tuvo conocimiento la demandante de la presencia de daños en el edificio».

Por lo demás, ningún hecho de la sentencia avala la posible interrupción de la acción, antes al contrario, no entra a valorar esta interrupción por las posibles reclamaciones hechas a la promotora, lo que es además conforme con la jurisprudencia de esta Sala según la cual «la reclamación al promotor, por ella sola, no interrumpe el plazo de prescripción respecto de los demás intervinientes» (sentencias de 16 de enero y 20 de mayo de 2015).

CUARTO.- La estimación de ambos recursos supone en cuanto a las costas lo siguiente: a) que se mantenga el pronunciamiento de la sentencia del Juzgado respecto de las causadas por el ahorra recurrente; b) condenar a la parte actora a las costas causadas por el recurso de apelación sostenido contra don Daniel, y c) no hacer especial declaración de las causadas por los recursos; todo ello a tenor de lo dispuesto en los artículos 398 y 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por don Daniel contra la sentencia dictada el día 10 de febrero de 2014 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Navarra y anular el pronunciamiento de la misma en cuanto le condena a indemnizar a la demandante con la cantidad de 1.506,60 euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda. 2º.- Estimar el recurso de casación formulado por la misma parte contra la citada sentencia y desestimar la demanda formulada contra don Daniel por prescripción de la acción ejercitada de contrario, manteniéndola en todo lo demás.

3º.- Se mantiene el pronunciamiento de la sentencia del Juzgado respecto de las costas causadas por el recurrente. Se condena a la parte actora al pago de las costas causadas por el recurso de apelación sostenido contra don Daniel, y no se hace especial declaración de las originadas por los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

COMENTARIO

Por **Andrés Cid Luque**
Abogado

Esta sentencia de 1 de julio de 2016, tiene especial interés en desentrañar dos aspectos muy importantes respecto a dos extremos completamente diferentes, pero que en el orden práctico, nos resultan bastante necesarios.

1) Respecto a las peticiones que todos los abogados presentamos para que se nos delimite un punto de la sentencia (artículo 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), es decir, la vía de la aclaración, subsanación y completo orden a corregir errores u omisión; en esta resolución se nos concreta, que esta vía tan solo vale en cuanto a las pretensiones accesorias, como pueda ser la falta de pronunciamiento sobre las costas o sobre intereses, pero que en ningún caso pueden servir, para anular o sustituir, por otros de signo diverso, los pronunciamientos sobre las pretensiones principales.

Aunque queda (como todos conocemos) un amplio margen a nuestra obsesiva imaginación de jurista, es bueno, que el Alto Tribunal vaya delimitando estas materias, que nunca alcanzan la casación.

2) En cuanto a la cuestión de fondo del recurso origen de esta sentencia está, el tratamiento que debe otorgársele a los plazos legales de la Ley de Ordenación de la Edificación, y desde cuando comienzan a computarse.

A) En cuanto al día inicial, para empezar a computar, si se produce en el plazo de garantía legal, será, desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas, o desde la subsanación de los defectos. Así se rompía definitivamente el antiguo punto de partida “desde que concluyó la construcción”, que dividía a la doctrina a la hora de concretarlo, en a) el de terminación material de la obra; b) el de entrega o puesta a disposición de la obra; c) aquel en que la obra ha sido aprobada y recibida por el comitente.

Esta sentencia de 1 de julio de 2016, tiene especial interés en desentrañar dos aspectos muy importantes respecto a dos extremos completamente diferentes, pero que en el orden práctico, nos resultan bastante necesarios

COMENTARIO

B) Y en cuanto a los dos plazos que establece la LOE, se determina en esta sentencia, después de analizar sus anteriores de 19 de julio de 2010 y 18 de febrero de 2016, que los plazos recogidos en el artículo 17 son plazos de garantía, y los establecidos en el artículo 18 son de prescripción.

Y analiza, como bastante buena técnica y claridad, la gran diferencia, de que para que pueda nacer el derecho para reclamar, las deficiencias habrán de aparecer en el periodo de la garantía del artículo 18, y el inicio del cómputo para ejercitar la acción, será, desde el momento en que se tuvo conocimiento de la presencia de los daños en el edificio. Y este segundo plazo al tratarse de prescripción, sí que podrá ser objeto de interrupción del plazo del mismo.

C) Para concluir, la sentencia respecto a la posibilidad de que la interrupción efectuada solo un sujeto interviniente en la edificación del edificio, pueda afectar al resto de coparticipes, (en concreto, la efectuada solo al Promotor) vuelve a reiterar su conocida jurisprudencia de que por sí sola esta reclamación no interrumpe el plazo prescrito respecto de los demás intervinientes (sentencias de 16 de enero y 20 de mayo de 2.015).

Para concluir, la sentencia respecto a la posibilidad de que la interrupción efectuada solo un sujeto interviniente en la edificación del edificio, pueda afectar al resto de coparticipes, (en concreto, la efectuada solo al Promotor) vuelve a reiterar su conocida jurisprudencia de que por sí sola esta reclamación no interrumpe el plazo prescrito respecto de los demás intervinientes (sentencias de 16 de enero y 20 de mayo de 2.015).

Como decíamos al inicio del comentario, nos parece una clarificadora resolución judicial que era necesaria para que de una vez por todas llamar al plazo del artículo 17 LOE, de garantía, y a su vez saber que el mismo por tanto es de caducidad, y el realmente de prescripción es el referido al artículo 18 de la Ley de Ordenación de la Edificación.”

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Accidente con resultado de coma vegetativo. Se desestima la reclamación de daño moral de la madre del lesionado al estar excluida en el seguro voluntario. Se desestima la petición de renta vitalicia al haberse sometido el reclamante en su petición en la Ley 10/1995.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 15 de julio de 2016.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Motivo único. Según previene el art. 477.1 LEC, por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, en su apartado 2.2.º, siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros. La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo más moderna y específica de aplicación al caso. La interpretación que hace la sentencia recurrida del art. 20, apartado 9.º, de la Ley de Contrato de Seguro, infringe la jurisprudencia del Tribunal Supremo fijada en las siguientes sentencias: STSS 5382/2010 de 26-10-2010; 271/2011 de 1-2-2011; 2647/2011 de 11-4-2011; 5083/2011 de 19-5-2011; 4897/2011 de

19-5-2011; 5835/2011 de 20-9-2011; 7267/2011 de 7-11-2011; 8681/2011 de 23-11-2011 y 3704/2012 de 17-5-2012.

La cuestión jurídica controvertida, en que se fundamenta el único motivo de recurso interpuesto por el recurrente, se centra en la apreciación de causa justificada para la no aplicación de los intereses de demora del art. 20 LCS, alegando que la sentencia penal absolutoria previa no justifica que el Consorcio de Compensación de Seguros no haya atendido al pronto cumplimiento de sus obligaciones resarcitorias en la medida que le correspondiera aunque se diera concurrencia de culpas.

La sentencia recurrida con base en el contenido de la sentencia de primera instancia, en cuanto a la responsabilidad del accidente y cuantía de las indemnizaciones que se fijan al actor, determina la exclusión de la aplicación de los intereses del art. 20 de LCS, por estimar fundada la oposición del Consorcio de Compensación que solicita desde el principio la desestimación de la demanda y porque con anterioridad obtuvo a su favor el pronunciamiento absolutorio de la sentencia recaída en juicio de faltas.

Por el recurrente se aporta abundante jurisprudencia de esta sala que aprecia que debieron imponerse los intereses al no haber abonado al actor nada hasta que fue condenado en vía civil cuatro años después del siniestro pese a haber tenido conocimiento de la situación lesional mediante su personación en los autos penales, y ello al margen de la oportuna defensa en juicio de su tesis de ausencia de culpa o por disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia causal de conductas culposas.

SEGUNDO.- Respuesta de la sala.

Se desestima el motivo.

El siniestro de tráfico que dio lugar al presente procedimiento versaba sobre la colisión entre una motocicleta de gran cilindrada y un turismo que salía de un estacionamiento.

El conductor del turismo fue absuelto en juicio de faltas.

En el presente procedimiento se concluye en primera y segunda instancia que se aprecia concurrencia de culpas en el siniestro, calificando en un 15% la contribución del conductor del turismo y en un 85% la del conductor de la motocicleta.





El conductor de la motocicleta, hoy recurrente, resultó en situación de gran invalidez, calificada por la Seguridad Social.

Ante esta sala sólo se plantea la no aplicación en la sentencia recurrida del art. 20 del LCS, dado que sólo se estimaron como asumibles los intereses legales de los arts. 1101 y 1108 del C. Civil, desde la interposición de la demanda.

Esa sala ha declarado:

«Según el artículo 20.8 de la LCS, el recargo de los intereses por mora del asegurador tiene lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada o imputable a la aseguradora. En su interpretación, tanto en su primitiva redacción, como en el texto vigente dado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones que la indemnización establecida en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado. La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial, nada de lo cual se da en el caso (SSTS 13 de junio de 2007; 26 de mayo y 20 de septiembre 2011)».

Sentencia de 25 de Enero del 2012, recurso: 455/2008.

Sobre la incertidumbre también ha declarado la Sala que no la integra la mera discrepancia en las cuantías reclamadas. Sentencia 17 de mayo de 2012, rec. 1427/2009 ».

Aplicada la referida doctrina hemos de declarar que en la sentencia recurrida se efectúa una adecuada exclusión de los efectos del art. 20 de la LCS, pues no se aprecia negligencia en la respuesta del

Consortio de Compensación de Seguros, ya que la incertidumbre sobre la responsabilidad del conductor del turismo era manifiesta y no solo por la sentencia absolutoria de juicio de faltas, sino fundamentalmente porque la contribución culposa del conductor de la motocicleta al siniestro (85%) fue de tal intensidad que podía hacer esperar, razonablemente, una sentencia desestimatoria de las reclamaciones del Sr. Juan Alberto, razón por la que en la sentencia recurrida no se ha infringido la doctrina jurisprudencial.

TERCERO.- Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

Procede la pérdida del depósito en su caso constituido para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Juan Alberto y D. Alberto, contra sentencia de 27 de mayo de 2014 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja, Logroño .

2.º- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3.º- Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente. Procede la pérdida del depósito en su caso constituido para recurrir.

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marín Castán, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleón Prieto, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.

COMENTARIO

Por **Mariano Medina Crespo**
Abogado

Las cosas lo que son y no lo que a veces se dice que son. Y esto es así, lo diga Agamenón o su porquero. A través de varios artículos me he referido durante los últimos años al manejo del Baremo de Tráfico para cuantificar daños corporales ajenos al tránsito motorizado. He analizado las que he denominado doctrina de la analogía (propia/impropia), doctrina de la orientación inflexible o de la preceptividad virtual, doctrina de la orientación flexible con desvío justificado, doctrina del desvío necesario y doctrina de la autovinculación total. Esta última es enormemente prestigiosa (utilizando el adjetivo en su sentido etimológico, derivado de *præstigium*) y consiste en que, de invocarse el Baremo, tiene que aplicarse in toto, sin que puedan escogerse los puntos que interesen (por reputarse favorables) y prescindir de los que desinteresen (por considerarse perjudiciales). Así resulta de las SSTS (Sala 1ª) de 18 de junio de 2013 (Seijas Quintana), 27 de mayo de 2015 (Seijas Quintana) y 8 de abril de 2016 (Pantaleón Prieto), así como de la STS (Sala 5ª, Militar) de 16 de mayo de 2012 (Martínez de Careaga García). Esto significa que lo que el Baremo da se da si se le invoca y que lo que no da no se puede dar, sin entrar a conocer (*commoditas*) si la negativa es razonable o irrazonable.

Las cosas lo que son y no lo que a veces se dice que son. Y esto es así, lo diga Agamenón o su porquero. A través de varios artículos me he referido durante los últimos años al manejo del Baremo de Tráfico para cuantificar daños corporales ajenos al tránsito motorizado.

La valoración de los daños corporales causados al margen del tránsito motorizado queda así sometida contra legem y contra ius a un principio de reparación parcial, pese a que la disciplina aplicable acoja la integridad reparatoria. Y es que una cosa es invocar el Baremo como referencia para un concreto concepto perjudicial o para varios conceptos perjudiciales; y otra, decir que se erige el Baremo en base jurídico-valorativa para fijar todas las indemnizaciones pertinentes. Lo que carece por completo de sentido es que una invocación para algunos conceptos se transmute en una inflexible propuesta de aplicación exclusiva y excluyente del Baremo considerado.

Pues bien, la sentencia que comento se inserta en esta doctrina, con la peculiaridad de que se trataba de valorar daños corporales producidos en el tránsito motorizado, aunque antes de entrar en vigor el Baremo de 1995, puesto que el hecho de autos tuvo lugar en 10 de agosto de 1993. Pero, junto a esta peculiaridad, hay, para mayor inri, otra consistente en que la SAP de Barcelona (Sección 19ª) de 28 de mayo de 2014 (Regadera Sáenz) declaró que parecen estar de acuerdo las partes en que se utilice el Baremo de Tráfico de 1995; y, sin razonar esa apariencia, convirtió el “parece ser” en “ser”, aplicando a rajatabla lo que se consideró constituía el contenido exclusivo y excluyente del

COMENTARIO

Las demandantes del caso eran dos. De un lado, la madre del menor lesionado que, aunque ya mayor de edad, había quedado absolutamente incapacitado como consecuencia de su coma, reclamando en nombre de él las siguientes cantidades, según registra la AP, pero no el TS: 1) 131.413 €, por los gastos de tratamiento asistencial brindado durante 1996, 1997 y 1998; 2) 60.000 € [¿fue ésta ciertamente la cantidad reclamada?], por los daños morales del lesionado; 3) 120.202 €, por los daños morales padecidos por ella; y 4) una pensión vitalicia de 153.450 € anuales para atender los gastos asistenciales futuros. De otra parte, una sociedad mercantil que reclamaba como tercero que se había hecho cargo de gastos asistenciales del lesionado durante el período comprendido entre 1995 y 2010, por cuantía de 1.237.902 €, con inclusión de los gastos relacionados con la adaptación de la vivienda.

Baremo, pese a la existencia de elementos sobrados con que captar que ni por asomo hubo tal acuerdo, pues, en concreto, las demandantes no propusieron que se aplicara para cuantificar los perjuicios patrimoniales consistentes en el coste de la asistencia médica prestada durante años a un menor lesionado que había quedado en situación de coma vigil, incluyéndose también gastos relativos a la adaptación de la vivienda, así como los gastos asistenciales a afrontar en el futuro. Por otra parte, no puede decirse con rigor que la aseguradora demandada llegara a un acuerdo con las demandantes para aplicar el Baremo cuando proponía que se desestimara la pretensión del reintegro de los gastos (producidos y por producir) posteriores a la estabilización de las lesiones, mediante el peregrino y sólito argumento de que se encontraban incluidos en la indemnización a reconocer por las secuelas, tratando de desvertebrar y confundir el c. con las témporas. El caso es que el TS consideró que el pareceDser captado por la AP constituía “una base sólida” que se correspondía con lo pedido por las partes y bendijo la transustanciación que había activado la Sala a qua, dando lugar a que se confirme lo que he escrito en uno de mis artículos: lo mejor es no mentar la bicha para evitar tener que comulgar con ruedas de molino.

Las demandantes del caso eran dos. De un lado, la madre del menor lesionado que, aunque ya mayor de edad, había quedado absolutamente incapacitado como consecuencia de su coma, reclamando en nombre de él las siguientes cantidades, según registra la AP, pero no el TS: 1) 131.413 €, por los gastos de tratamiento asistencial brindado durante 1996, 1997 y 1998; 2) 60.000 € [¿fue ésta ciertamente la cantidad reclamada?], por los daños morales del lesionado; 3) 120.202 €, por los daños morales padecidos por ella; y 4) una pensión vitalicia de 153.450 € anuales para atender los gastos asistenciales futuros. De otra parte, una sociedad mercantil que reclamaba como tercero que se había hecho cargo de gastos asistenciales del lesionado durante el período comprendido entre 1995 y 2010, por cuantía de 1.237.902 €, con inclusión de los gastos relacionados con la adaptación de la vivienda.

Sería inaudito que las demandantes invocaran el Baremo de 1995 para aplicarlo a un accidente anterior, cuando es inequívoco que su regulación supuso una sensible disminución de las indemnizaciones que anteriormente venían estableciéndose bajo el régimen de la judicialidad valorativa. Si se examinan los antecedentes del caso y,

COMENTARIO

en concreto, la sentencia recurrida, se comprueba que la sociedad reclamante no invocaba el Baremo para obtener el reintegro de los importantes gastos asistenciales asumidos; y que la mención del Baremo que, en su caso, efectuara Dlo cual no consta no tendría más sentido que la relativa a la necesidad de reparar cualesquiera gastos asistenciales, aún los producidos después de establecerse la sanidad de un lesionado. A su vez, la madre invocó el Baremo, pero sólo como instrumento para cuantificar las partidas de los daños morales, pero no para obtener el resarcimiento de los perjuicios patrimoniales por los gastos asistenciales afrontados y por los por venir. Tan constable es que la madre no se atuvo a las reglas del Baremo que, para el resarcimiento de sus daños morales, reclamó la suma de 102.202 €, pero, ante el riesgo de que no se le reconociera, pidió de modo subsidiario que se estableciera al menos la prevista en el Baremo, cifrada en 90.151 €. Pero lo que viene a sostener la AP (con su parece ser) y lo refrenda el TS, es que las actoras prefirieron utilizar un Baremo sometido a un principio de reparación parcial, en lugar de aplicar la disciplina común de la responsabilidad civil que, en materia valorativa, somete la valoración de los daños corporales a la integridad reparatoria; y que, al no gustarles la sentencia recurrida, se arrepintieron y en el trance casacional efectuaron un cambiazo de perspectiva.

La madre invocó el Baremo, pero sólo como instrumento para cuantificar las partidas de los daños morales, pero no para obtener el resarcimiento de los perjuicios patrimoniales por los gastos asistenciales afrontados y por los por venir. Tan constable es que la madre no se atuvo a las reglas del Baremo que, para el resarcimiento de sus daños morales, reclamó la suma de 102.202 €, pero, ante el riesgo de que no se le reconociera, pidió de modo subsidiario que se estableciera al menos la prevista en el Baremo, cifrada en 90.151 €.

Con manejo de la doctrina de la autovinculación total y mediante la amplificación de una invocación del Baremo que iba referida en exclusiva a la cuantificación de los perjuicios personales, la AP había prescindido por completo del detalle de las partidas reclamadas y, con una aplicación maximalista del Baremo minimalista (aunque con llamativo olvido de algunas partidas más o menos elementales: factor corrector por perjuicios económicos ligados a las lesiones temporales; factor de corrección por daños morales complementarios; factor corrector de la incapacidad permanente en grado de absoluto), fijó las siguientes indemnizaciones: 1) 3.780.000 Pts., por 540 días de incapacidad, con el límite de 18 meses, a razón de 7.000 Pts/día (sorprendente estimación, porque no podían ser tantos como para sobrepasar el límite vergonzante); 2) 36.342.000 Pts., por 100 puntos de secuelas (denominadas, de acuerdo con la equívoca y equivocada terminología del Baremo, como incapacidad permanente), sin reconocerse así la más mínima cantidad por los perjuicios estéticos; 3) 3.634.200 Pts., por el factor de corrección de un 10% sobre la indemnización básica por lesiones permanentes; 4) 40.000.000 Pts., por el coste de la asistencia de tercera persona; 5) 10.000.000 Pts., por adecuación de la vivienda; 6) 15.000.000 Pts., por daños morales a familiares. El importe de dichas partidas ascendía a 108.756.200 Pts., equivalentes a 653.637,93 €. A su vez, se negó la renta vitalicia porque, fijada la indemnización alzada por los costes de asistencia y adaptación de vivienda mediante el máximo tabular, de

COMENTARIO

reconocerse, “se estarían indemnizando dos veces los mismos conceptos”. Véase que, al insertar la asistencia médica del comatoso en el factor de la ayuda de tercera persona del gran inválido, en virtud de la asimilación prevista en él (asimilación que, en lugar de interpretarse para ampliar, se interpreta para restringir), se hacía al indicado lesionado de peor condición que a cualquier macrolesionado al que se le reconocería un derecho a ser resarcido por todos los gastos médicos futuros, de acuerdo con lo establecido en la regla general 6ª del apartado primero del Baremo.

Fijada aquella indemnización, la AP hizo (dice que hizo) un reparto proporcional entre el lesionado y la entidad que reclamaba el reintegro de los gastos afrontados, adjudicando al primero 353.181,88 € y a la segunda 300.506,05 €. De este modo, si el importe reconocido por los reintegros económicos del coste de la asistencia del lesionado por terceros y de la adjudicación de vivienda se cifró en 50.000.000 Pts. (300.506,05 €), es claro que se adjudicó esta cantidad en su integridad al tercero subrogado y que no se reconoció cantidad alguna por tales conceptos al lesionado, como si aquél tuviera un derecho preferente sobre éste, de modo que, realmente no se efectuó el reparto proporcional que se dice efectuarse y el cual, de tener que hacerse, tendría que haberse proyectado, naturalmente, sobre las partidas homogéneas, es decir, no sobre la indemnización total establecida, sino sólo sobre los 50.000.000 Pts. correspondientes a la asistencia de tercera persona y adecuación de la vivienda.

tenerse en cuenta de modo incidental que la ejercitada era una acción de responsabilidad civil complementaria con cargo al seguro voluntario de responsabilidad civil ilimitada, dado que, previamente, en virtud de la tramitación de un juicio ejecutivo, se había reconocido al lesionado una indemnización de 16.000.000 Pts., como límite máximo de la cobertura del seguro obligatorio en la fecha del siniestro. Aunque consta que, dentro de las cascadas de defensa formuladas por el asegurador, estaba la de que, de estimarse la demanda, se dedujera de la cantidad reconocida la previamente abonada, no consta que se hiciera este descuento ni que su ausencia diera lugar a recurso de casación. El TS afirma en el fundamento dedicado a una reseña de los procedimientos previos que la SAP de Barcelona que confirmó la sentencia de remate dictada por el JPI con el señalado principal (96.164 €) fue anulada, aunque parece que se trata de un descuido de redacción, porque, consultada aquélla, hay constancia de que el juicio ejecutivo que se anuló fue el promovido por sus lesiones por quien no acreditó ser mero ocupante del vehículo siniestrado y que era el conductor, según se dio por probado, precisamente, en el pleito de que trae causa la sentencia comentada.

Como remate de este apartado y selectivo comentario, creo que el lesionado era merecedor de una respuesta casacional bastante distinta a la que se le proporcionó. Pero un colegio de siete magistrados consideró que no había méritos para responder de forma distinta a la de la desestimación plena de sus recursos.

Creo que el lesionado era merecedor de una respuesta casacional bastante distinta a la que se le proporcionó. Pero un colegio de siete magistrados consideró que no había méritos para responder de forma distinta a la de la desestimación plena de sus recursos.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Se libera a la aseguradora del interés del artículo 20 de la LCS en el procedimiento civil, cuando hubiera recaído sentencia absolutoria en el ámbito penal

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 14 de julio de 2016.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Fundamentos de derecho

PRIMERO .- Antecedentes .

Se formula demanda por parte de Belinda e IAE contra la aseguradora Allianz en reclamación de los daños y perjuicios sufridos por su hijo D. Amador en accidente de vehículos a motor, solicitando el abono de los gastos médicos derivados de la asistencia y tratamiento médico de su hijo; daño moral de la madre, acudiendo a meros efectos orientativos al baremo de 1995, año en que a D. Amador le dan el alta médica; una renta vitalicia a favor de su hijo, así como el daño moral sufrido por D. Amador; y por parte de IAE se reclama el reembolso de los gastos

en que incurrió en el tratamiento y asistencia sanitaria de D. Amador desde el año 1995 hasta el año 2010. Se reclama en total una cuantía de 1.369.315,46 €.

Por la aseguradora se opone a la demanda alegando la falta de cobertura, la prescripción de la acción, la reclamación por conceptos no indemnizables, inadecuado cálculo de la cuantía reclamada, falta de acreditación de los pagos e inapropiada reclamación de intereses.

Se dicta sentencia en primera instancia desestimando íntegramente la demanda por entender que de conformidad con lo pactado existe una falta de cobertura de la póliza derivada de que el conductor del vehículo era D. Edemiro, hijo de Dña. Belinda y hermano de D. Amador, así como por el hecho de que éste convivía con aquel y vivía a sus expensas el día del accidente.

Formulado recurso de apelación, se dicta sentencia de segunda instancia por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por la parte demandante y se condena a la demandada a abonar a IAE la cantidad de 300.506,05.-€ y a Dña. Belinda, como representante de D. Amador, la cantidad de 353.131,88.-€, más los intereses legales de dichas cantidades desde la fecha de interposición judicial. Considera la sentencia que ha quedado acreditado que el conductor era D. Edemiro, lo que excluye la indemnización a favor de Belinda al ser su ascendiente, entrando en juego la cláusula 30 b de la póliza de seguro, pero entiende que no se ha acreditado que D. Amador viviera a expensas de D. Edemiro, entendiendo que la declaración de éste en el atestado no resulta concluyente. Por ello, no entra en juego lo pactado en el artículo 30. c de la póliza de seguro. Una vez que calcula las cantidades objeto de condena, concluye que parece que las partes están de acuerdo en la aplicación del baremo del año 1995, fijándolo en las cantidades anteriormente determinadas. En relación con la indemnización de IAE considera que tiene derecho al reembolso de los gastos en que incurrió al quedar acreditado que D. Amador no convivía con su hermano, D. Edemiro, y no entrar en juego la exclusión del artículo 30 c de la póliza de seguro.

Por la representación procesal de IAE y de Dña. Belinda se formula recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se formula en cuatro motivos:

a) arbitrariedad en la valoración de la prueba, en cuanto al ser manifiestamente arbitraria o

ilógica la valoración de la misma y no superar el test de racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho de la tutela judicial efectiva, todo ello en relación con la conclusión alcanzada por la audiencia provincial de que el conductor del vehículo era D. Edemiro, cuando la única prueba existente es el atestado instruido por la guardia civil, sin que se haya practicado ninguna otra prueba en dicho sentido, habiéndose establecido en vía penal que no había quedado acreditado quién conducía el vehículo;

b) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por haber incurrido la sentencia recurrida en un error patente al apreciar la existencia de acuerdo entre las partes sobre la aplicación del baremo para fijar las indemnizaciones y al desconocer los documentos que establecen el importe de los gastos reclamados por IAE;

c) infracción del deber de motivación por existir contradicción interna entre los fundamentos cuarto y quinto de la sentencia que se recurre, ya que el primero de ellos determina que habrá que fijar la indemnización que le corresponde a D. Amador por daño moral y por renta vitalicia, mientras que en el quinto esta indemnización se fija aplicando el baremo de 1995 cuando esta aplicación sólo había sido solicitada en la demanda para los daños morales, sin explicar por qué aplica este baremo; y

d) infracción del deber de congruencia y también del de motivación, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por contradicción interna entre los fundamentos y el fallo de la sentencia. Este motivo se formula de manera supeditada a la apreciación del error denunciado en el motivo segundo, ya que si se considera existente dicho error habrá que resolver la contradicción entre los fundamentos a favor de lo que se dice en el cuarto.

El recurso de casación se formula en cuatro motivos:

a) infracción del artículo 1281.2 CC en relación con la interpretación de la cláusula 31 del contrato de seguro voluntario, que señala que quedará excluido de la condición de tercero a los ascendientes de las personas anteriores, que son el conductor, el tomador y el asegurado. Con tal presupuesto la sentencia considera que Dña. Belinda carece de legitimación como beneficiada por el seguro voluntario, sin entrar a valorar que la legitimación de Dña. Belinda viene como madre del perjudicado, D. Amador, que no era conductor, tomador ni asegurado, sino tercero legitimado para la indemnización;



b) infracción de la regla 1.1, en relación con la regla 1.6 del anexo en que se contiene el baremo de cuantificación de daños corporales, de la ley 30/1995, al calcular la sentencia de apelación conforme al mismo el crédito indemnizatorio de IAE;

c) infracción de la regla 1.8 del anexo en que se contiene el baremo de cuantificación de daños corporales, de la ley 30/1995, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Considera el recurrente que se vulnera lo dispuesto en dicha norma al no concederse a don Amador una renta vitalicia cuando las circunstancias del presente caso no sólo aconsejan sino que, además, lo exigen; y

d) infracción de los artículos 1101 y 1108 CC en relación con el principio in illiquidis non fit mora, al privar a las recurrentes a percibir intereses de manera injustificada y contraria a derecho.

Por la representación procesal de Allianz se formula recurso extraordinario por infracción procesal en dos motivos:

a) infracción del artículo 326 LEC, en relación con el artículo 319 LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por error en la valoración de la prueba documental

manifiestamente racional todo ello en relación con el documento número uno de los aportados con la contestación a la demanda, que no ha sido impugnado por nadie, y que señala que D. Amador convivía habitualmente con su hermano D. Edemiro y vivía a sus expensas, lo que debe vincularle desde la teoría de los actos propios; y

b) infracción del artículo 386 LEC, sobre presunciones judiciales, generando grave indefensión a la recurrente, al concluir la sentencia que no existen indicios ni prueba alguna de que D. Amador viviera a expensas de su hermano, existiendo el propio documento número uno antes referenciado y el resto de datos obrantes en las actuaciones.

Por dicha representación se formula igualmente recurso de casación en tres motivos:

a) infracción por inaplicación del artículo 1 LCS. Considera el recurrente, a la vista de lo pactado en la regla 31 de la póliza de seguro y que determina que no tendrán consideración de terceros, los ascendientes y descendientes legítimos o que se encuentren vinculados con la asegurada hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, todo ello determina la falta de cobertura para responder respecto a D. Amador, al existir convivencia con su hermano D. Edemiro;

b) infracción por inaplicación de los artículos 26, 31 y 38 LCS, al entender inadecuado la cantidad objeto de indemnización, al entender que debe ser excluido del seguro D. Amador y desde luego en una cuantía inferior a la señalada en la sentencia; y

c) infracción del artículo 76 LCS, en relación con el artículo 1210 CC, todo ello en relación con la subrogación que la sentencia acepta respecto a IAE, al considerar que no todo tercero tiene este derecho, ya que es necesaria la preexistencia de un contrato de seguro para que el perjudicado puede ejercer la acción directa. Si se considera que hay exclusión en las personas definidas en virtud de las cláusulas contractuales, difícilmente puede derivarse una acción directa.

SEGUNDO .- Procedimientos previos.

Como consecuencia del siniestro de tráfico (10 de agosto de 1993), en el que D. Amador (de 16 años de edad en la fecha del accidente) quedó en coma vegetativo crónico, se siguió juicio de faltas en el que resultó condenado D. Edemiro. Por la Audiencia Provincial se revocó la sentencia penal y se absolvió a D. Edemiro, al desconocer quién era el conductor del vehículo. El vehículo (Porsche 944) lo ocupaban D. Amador, Amadeo y D. Edemiro y estaba asegurado por Athenas (hoy Allianz), con póliza de seguro obligatorio y voluntario, con cobertura de responsabilidad civil ilimitada.

Se planteó juicio ejecutivo, en virtud de auto de cuantía máxima, en el que se acordó por el Juzgado seguir la ejecución adelante por importe de 16.000.000 de pesetas de principal. Recurrída en apelación la resolución, por la Audiencia Provincial de Barcelona se dictó resolución manteniendo el principal y reduciendo los intereses, por el retraso en el ejercicio de la acción. En posterior procedimiento se anuló el juicio ejecutivo.

Recurso extraordinario por infracción procesal de Imagen Andalucía Exterior S.L. y Dña. Belinda .

TERCERO .- Motivo primero. Arbitrariedad en la valoración de la prueba al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC, en cuanto al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 de la CE .

Todo ello en relación con la conclusión alcanzada por la Audiencia Provincial de que el conductor del vehículo era D. Edemiro, cuando la única prueba existente es el atestado instruido por la guardia civil, sin que se haya practicado ninguna otra prueba en dicho sentido, habiéndose establecido en vía penal que no había quedado acreditado quién conducía el vehículo.

CUARTO.- Respuesta de la Sala. Se desestima el motivo.

Es doctrina reiterada de esta Sala que no procede recurrir por mera discrepancia en la valoración de la prueba, pudiendo tan solo impugnarse la sentencia cuando se entiende que concurre error flagrante en la valoración de la prueba que determine la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución).

En el presente caso no se infringen las reglas de la lógica ni de la razonable apreciación de las pruebas practicadas a la hora de determinar quién era el conductor, pues para ello se basa el tribunal de apelación no sólo en el atestado y en la declaración del guardia civil que lo instruye, sino también en el parte amistoso firmado por Amadeo, hermano de D. Edemiro, en la ubicación de los daños, compatible con la entidad de las lesiones y en los pronunciamientos recaídos en el juicio ejecutivo.

QUINTO .- Motivo segundo. Al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC; vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de mis representadas, por haber incurrido la sentencia recurrida en un error patente al apreciar la existencia de acuerdo entre las partes sobre la aplicación del baremo para fijar las indemnizaciones y al desconocer los documentos que establecen el importe de los gastos reclamados por Imagen Andalucía de Exterior S.L.

SEXTO - Respuesta de la Sala. Se desestima el motivo.

De la propia exposición de las alegaciones de la recurrente se deduce la inconsistencia del motivo.

En la sentencia se declara que «parecen estar de acuerdo las partes» que el baremo a utilizar es el publicado por la Ley 30/1995 de 8 de noviembre.

Esta apreciación del Tribunal de apelación la deduce de dos peticiones que hace la parte demandante (hoy recurrente) invocando dicho baremo y la aquiescencia al mismo de la asegu-

radora en la petición subsidiaria, al contestar la demanda.

Por tanto, el pronunciamiento tiene una base sólida, que es la petición de las partes, por lo que no concurre error patente.

SÉPTIMO.- Motivo tercero.- Al amparo del art. 469.1.2.º y 4.º de la LEC, infracción de las normas reguladoras de la sentencia y, en concreto, el deber de motivación (art. 218.2 LEC y 120.3 CE), con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de mis representadas, por contradicción interna entre los fundamentos cuarto y quinto de la sentencia que se recurre.

Motivo cuarto.- Al amparo del art. 469.1.2.º y 4.º de la LEC, infracción de las normas reguladoras de la sentencia y, en concreto, el deber de congruencia, y también del de motivación (art. 218 LEC), con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de mis representadas, por contradicción interna entre los fundamentos y el fallo de la sentencia.

Se alega infracción del deber de motivación por existir contradicción interna entre los fundamentos cuarto y quinto de la sentencia que se recurre, ya que el primero de ellos determina que habrá que fijar la indemnización que le corresponde a D. Amador por daño moral y por renta vitalicia, mientras que en el quinto este indemnización se fija aplicando el baremo de 1995 cuando esta aplicación sólo había sido solicitada en la demanda para los daños morales, sin explicar por qué aplica este baremo. Igualmente invoca incongruencia, por los mismos argumentos.

OCTAVO.- Respuesta de la Sala. Se desestiman los motivos.

La parte recurrente incurre en incoherencia y contradicción, pues según le va conviniendo se adapta al baremo de la Ley 30/1995 o se aparta de él.

Como la propia parte recurrente reconoce no hay incongruencia por fijar una indemnización a tanto alzado en lugar de una renta vitalicia (sentencia núm. 802 de 7 de noviembre de 2011).

En el hecho IX de la demanda reconoce la posibilidad de que el juzgador se ajuste a la Ley 30/1995. E igualmente la invoca al referirse a la renta vitalicia.

No concurre contradicción en la sentencia, ni tampoco incongruencia, pues en el FDD cuar-

to anuncia que ha de resolver la renta vitalicia y los gastos reclamados por asistencia al menor, por parte de Imagen Andalucía y efectivamente lo hace en el FDD quinto, si bien rechaza la renta vitalicia para no incurrir en duplicidad al fijar una indemnización alzada y así lo dice expresamente. Por otro lado, por los gastos de asistencia solicitados por Imagen Andalucía, concede una cantidad sensiblemente menor, pues al ajustarse al baremo de la Ley 30/1995, no puede el tribunal de apelación conceder más de los 40.000.000 de pesetas que regula el baremo, por lo que se limita a efectuar un ponderado reparto entre lo que corresponde a D. Amador por los gastos que devengará en el futuro y los ya satisfechos por Imagen Andalucía (art. 218 LEC).

Recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Allianz.

NOVENO.- Motivo primero.- Por el cauce del art. 469.1.4.º de la LEC, por existir infracción del art. 326 de la misma Ley, en relación con el art. 319 LEC, produciéndose vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Se trata de un error en la valoración de la prueba documental manifiestamente irracional que infringe nuestro derecho a la tutela judicial efectiva.

Motivo segundo.- Por el cauce del art. 469.2.4.º de la LEC, por infracción del art. 386 de la LEC, sobre presunciones judiciales, generando grave indefensión a Allianz. Se alega error en la valoración de la prueba documental manifiestamente racional todo ello en relación con el documento número uno de los aportados con la contestación a la demanda, que no ha sido impugnado por nadie, y que señala que D. Amador convivía habitualmente con su hermano D. Edemiro y vivía a sus expensas, lo que debe vincularle desde la teoría de los actos propios.

En el segundo motivo, se alega que al concluir la sentencia que no existen indicios ni prueba alguna de que D. Amador viviera a expensas de su hermano, existiendo el propio documento número uno antes referenciado y el resto de datos obrantes en las actuaciones.

DÉCIMO.- Respuesta de la Sala. Se desestiman los motivos.

En la sentencia recurrida se declara en el FDD tercero lo siguiente:

«Por aplicación de las mismas cláusulas que se viene mencionando, concretamente la 29 en relación con la 31 c), la resolución de primera



instancia afirma que D. Amador tampoco puede ser considerado tercero porque convivía con su hermano D. Edemiro y vivía a sus expensas.

Esta decisión se adopta a la vista del doc. núm. 1 de la demanda en el que D. Edemiro, al recibir un pago a cuenta sobre las indemnizaciones pendientes, declaró literalmente que "convivía habitualmente a mis expensas" con su hermano D. Amador .

La apelante demuestra que dicha declaración, al menos en cuanto a la convivencia, no era formalmente cierta en el momento inmediatamente posterior a la fecha del siniestro ya que las citaciones efectuadas en las diligencias previas 725/93 ya referidas ubicaban en diferentes domicilios de Málaga a ambos hermanos, lo mismo que en el ya tan nombrado atestado de la Guardia Civil se hicieron constar dos domicilios diferentes para ambos. Esa disparidad de domicilios se sigue también de los documentos aportados en la audiencia previa, de los que se sigue que mientras que D. Edemiro tenía su domicilio desde antes del siniestro en la CALLE000 NUM000, de Málaga, su hermano lo tenía, junto a su madre, en la AVENIDA000 NUM001, de la misma ciudad.

Por otra parte, no hay constancia ni prueba alguno de que D. Amador viviera a expensas de su hermano D. Edemiro .

La cuestión jurídica consiste en resolver qué prueba debe tener prevalencia, partiendo de que la concurrencia de los requisitos necesarios para la exclusión de cobertura le corresponde a la demandada. Como señala la SAP de Ciudad Real, Civil, Sección 2 del 10 de abril de 2014 (ROJ: SAP CR 351/2014): "Hemos de partir que la acción que se ejercita parte de la existencia y vigencia del contrato de seguro y por ello el actor está obligado a probar dicha vigencia, mediante la prueba del pago de la prima, así como la concurrencia del riesgo cubierto. Por el contrario, si se niega dicha cobertura, corresponderá a la aseguradora la obligación de probar cualquier causa de exclusión de su obligación". Pues bien, la declaración unilateral de D. Edemiro no puede sobreponerse al resto de pruebas objetivas que obran en las actuaciones respecto a que los dos hermanos no vivían en el mismo domicilio. Menos sobre que viviera a sus expensas, pues sobre dicho extremo no existe prueba alguna. La declaración de D. Edemiro no puede entenderse como acto propio en el sentido que señala la STS 14 de octubre 2008 : "La doctrina jurisprudencial ha declarado que los actos propios, para vincular a su autor, han de

ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar o modificar una determinada situación jurídica, causando estado...". La declaración sobre convivencia y vivencia a sus expensas se hace dentro de un recibo, que no se refiere propiamente a dicha cuestión, y en el que circunstancialmente se hace dicha declaración, que como se ha dicho viene controvertida, e incluso desmentida, por la prueba documental practicada.

Por tanto, conforme a lo prevenido por los arts. 29 y 31 c) de las cláusulas contractuales, D. Amador si puede considerarse tercero perjudicado al efecto de realizar esta reclamación».

Esta Sala debe aceptar en su integridad el acertado razonamiento transcrito, pues lo pretendido por la aseguradora recurrente es que una frase deslizada en el finiquito provisional (doc. núm. 1 de la contestación a la demanda), innecesaria para el cobro pero de relevante interés para la aseguradora (entonces Athena) que lo redacta en papel membreteado propio, pueda determinar el resultado del litigio. En el documento se hizo constar que el receptor de la indemnización (D. Edemiro), manifestaba que convivía con su hermano D. Amador, el cual vivía a sus expensas, frase que casualmente coincidía literalmente con un supuesto de exclusión de cobertura.

Por tanto es obvio que la credibilidad de dicha manifestación inducida, carece del valor probatorio que se pretende, máxime cuando ha sido desvirtuada por otras pruebas sólidas, como se refiere en el FDD transcrito (arts. 316 y 329 LEC).

En la sentencia recurrida no se acude a la prueba de presunciones sino a desvirtuar la fuerza probatoria del documento núm. 1 de la contestación a la demanda, el cual no merece mayor atención dado que se desvaloriza por si mismo (art. 386 LEC).

Recurso de casación interpuestopor Imagen Andalucía Exterior S.L. y Dña. Belinda .

UNDÉCIMO.- Motivo primero. Al amparo del art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 1281.2.^a del Código Civil en la interpretación de la cláusula 31 del Contrato de Seguro Voluntario.

Se alega infracción del artículo 1281.2 CC en relación con la interpretación de la cláusula 31 del contrato de seguro voluntario, que señala que quedarán excluidos de la condición de tercero, los ascendientes de las personas anterior-

res, que son el conductor, el tomador y el asegurado. Con tal presupuesto la sentencia considera que Dña. Belinda carece de legitimación como beneficiada por el seguro voluntario, sin entrar a valorar que la legitimación de Dña. Belinda viene como madre del perjudicado, D. Amador, que no era conductor, tomador ni asegurado, sino tercero legitimado para la indemnización.

DUODÉCIMO.- Respuesta de la Sala. Se desestima el motivo.

La cláusula 31 a) Y b) de la póliza de seguro establece: «Art. 31. Personas excluidas de la condición de terceros en esta modalidad B). En ningún caso tendrán la consideración de terceros:

a) Aquellos cuya responsabilidad civil resulte cubierta por esta póliza.

b) El cónyuge, los ascendientes o descendientes legítimos, naturales o adoptivos de las personas señaladas en la letra anterior».

La referida redacción ha sido interpretada con lógica, por el tribunal de apelación, siendo razonables sus conclusiones, por lo que no procede modificarlas, dado que en la póliza de seguro voluntario se determinó que no eran terceros los ascendientes de las personas que tuvieran cubierta su responsabilidad civil por la póliza (art. 1281.2 C. Civil).

En el presente caso Dña. Belinda es madre del conductor D. Edemiro (persona cuya responsabilidad civil está cubierta por la póliza, en cuanto conductor), por lo que no estaba cubierta por la póliza.

DECIMOTERCERO.- Motivo segundo. Al amparo del art. 477.1 de la LEC, infracción de la regla 1.1 en relación con la regla 1.6 del anexo en el que se contiene el baremo de cuantificación de daños corporales, de la Ley 30/1995, al calcular la sentencia de apelación conforme al mismo el crédito indemnizatorio de Imagen Andalucía de Exterior S.L.

DECIMOCUARTO.- Respuesta de la Sala. Se desestima el motivo.

Se pretende que Imagen Andalucía tenga la posibilidad de recuperar todas las cantidades invertidas y pagadas en la atención curativa de D. Amador, al margen del baremo, dado que en la sentencia recurrida solo se le conceden 300.506,5 euros. Como dijimos en el FDD octavo, no procede incrementar la cuantía dado que la parte se sujetó al baremo de la Ley 10/1995,

habiéndose fijado la cantidad máxima que permite el baremo en la sentencia, proporcionalmente distribuida.

DECIMOQUINTO.- Motivo tercero. Al amparo del art. 477.1 de la LEC, infracción de la regla 1.8 del anexo de la Ley 30/1995, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Considera el recurrente que se vulnera lo dispuesto en dicha norma al no concederse a D. Amador una renta vitalicia cuando las circunstancias del presente caso no sólo aconsejan sino que, además, lo exigen.

DECIMOSEXTO - Respuesta de la Sala. Se desestima el motivo.

Como dijimos en el FDD octavo, la parte recurrente se basó en la Ley 10/1995, incluso lo hace en el motivo del recurso, y en base a ello en la sentencia recurrida se concede por asistencia a la víctima (gran inválido) la suma máxima de 40.000.000 de pesetas, por lo que la renta vitalicia, no puede superar la capitalización de dicha suma de referencia, en base a lo cual debe rechazarse la petición de una renta vitalicia anual de 153.450,63 euros (Sentencia de 27 de mayo de 2015, rec. 1459/2013).

Es el propio recurrente quien en su demanda se sujeta a lo dispuesto en las reglas 8.ª y 9.ª de RDL 8/2004 de 29 de octubre por lo que asumiendo las cuantías baremadas, ahora no puede abstraerse de las mismas.

Quien aplica el baremo con carácter orientativo, lo debe hacer en su integridad y no solo en aquellas partes que le resultan beneficiosas.

Declara la sentencia de 27 de mayo de 2015, rec. 1459/2013 : «Ahora bien, su aplicación debe ser íntegra y no solo en los aspectos que las partes consideren más favorables a sus intereses, señalando la sentencia de 18 de junio de 2013, para un caso en el que se había reclamado una pensión vitalicia, que "lo que no es posible es tenerlo en cuenta cuando le interesa y apartarse del mismo si le resulta perjudicial para, como en este caso, conseguir una renta vitalicia incompatible con la indemnización que se determina"».

DECIMOSÉPTIMO.- Motivo cuarto. Al amparo del art. 477.1 de la LEC, infracción de los arts. 1101 y 1108 del Código Civil en relación al principio in illiquidis non fit mora. Se pretende por el recurrente, según el suplico de su recurso, que



se aplique el interés legal desde el año 1995 y no desde la interposición de la demanda.

DECIMOCTAVO.- Respuesta de la Sala. Se desestima el motivo. Aceptando la parte recurrente que no se apliquen los intereses del art. 20 de la LCS, pues invoca los arts. 1101 y 1108 del CC, por la tardanza en el ejercicio de la acción, pretende que los intereses legales concedidos en sentencia no se computen desde la interposición de la demanda en 25 de octubre de 2010, sino desde 1995, año en que concluyó el proceso penal.

Esta Sala debe mantener el criterio de la resolución recurrida, dado que la tardanza en el ejercicio de la acción supera todo lo razonable. Baste con señalar que desde la anulación del auto de cuantía máxima en septiembre de 2003, se tardaron siete años, hasta la interposición de la demanda que da lugar a las presentes actuaciones (25 de octubre de 2010).

Recurso de casación de Allianz .

DECIMONOVENO.- Motivo primero.- Al amparo del art. 477.1 LEC, infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y por el cauce del mismo artículo, apartado 2.2.º. Infracción por inaplicación del art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro .

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.1 LEC, infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y por el cauce del mismo artículo, apartado 2.2.º. Infracción por inaplicación de los arts. 26, 31 y 38 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre de Contrato de Seguro .

Motivo tercero.- Al Amparo del art. 477.1 LEC, infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y por el cauce del mismo artículo, apartado 2.2.º. Infracción por aplicación indebida del art. 76 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre de Contrato de Seguro, en relación con el art. 1210 del CC, cuya infracción por indebida aplicación también se denuncia. Considera la recurrente, a la vista de lo pactado en la regla 31 de la póliza de seguro, que determina que no tendrán consideración de terceros, los ascendientes y descendientes legítimos o que se encuentren vinculados con la asegurada hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, todo ello determina la falta de cobertura para responder respecto a D. Amador, al existir convivencia con su hermano D. Edemiro. Entiende en el motivo segundo que es inadecuada la cantidad objeto de indemnización, al entender que debe ser excluido del se-



guro D. Amador y desde luego en una cuantía inferior a la señalada en la sentencia.

En el tercer motivo se opone a la subrogación que la sentencia acepta respecto a IAE, al considerar que no todo tercero tiene este derecho, ya que es necesaria la preexistencia de un contrato de seguro para que el perjudicado pueda ejercer la acción directa. Si se considera que hay exclusión en las personas definidas en virtud de las cláusulas contractuales, difícilmente puede derivarse una acción directa.

VIGÉSIMO.- Respuesta de la Sala. Se desestiman los motivos.

Los tres motivos han de rechazarse en tanto expresan que D. Amador no está amparado por la cobertura del seguro y, sin embargo, esta Sala ya ha razonado en el FDD décimo, que sí lo está, pues ni convivía con su hermano ni dependía económicamente de él, por lo que no le afecta la exclusión de cobertura invocada; la cual sí afecta a su madre (Dña. Belinda).

Asimismo la recurrente entiende que no puede reclamarse más cantidad que la fijada para el seguro obligatorio.

En la sentencia recurrida se estiman parte de las cantidades reclamadas al amparo de la póliza de seguro voluntario con responsabilidad civil ilimitada.

La cuestión planteada por la parte recurrente en torno a la imposibilidad de superar la cuantía del seguro obligatorio es una cuestión nueva que no ha sido debatida en primera ni en segunda instancia, al no plantearla la demandada, debiendo tenerse en cuenta que el siniestro se produce en 1993.

También esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones la imposibilidad de plantear en el recurso de casación, en cuanto se ve afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia (SSTS 28 de mayo de 2004, RC n.º 2171/1998; 21 de julio de 2008, RC n.º 3705/2001 y 3 de diciembre de 2009, RC n.º 2236/2005). Por esta razón, no es admisible la introducción en el recurso de casación de un elemento de controversia que ha sido ajeno al debate en las instancias (SSTS de 27 de marzo de 2003, RC n.º 1273/1995; 1 de febrero de 2000, RC n.º 1400/1995; 10 de julio de 1996, RC n.º 3108/1992; 27 de septiembre de 2000, RC n.º 2908/1995; 27 de febrero de 2007, RC n.º 287/2000; 24 de enero de 2008, RC n.º 5149/2000 y 14 de mar-

zo de 2011, RC n.º 2114/2007 y 7 de noviembre de 2011, RC 1430/2008).

En el tercer motivo alega que IAE no puede reclamar gastos de asistencia a D. Amador, pues no puede subrogarse en la posición de quien no está cubierto por la póliza.

Como ya hemos dicho en esta misma sentencia, la exclusión de cobertura no afecta a D. Amador (FDD 10).

VIGESIMOPRIMERA.- Se imponen a los recurrentes las costas de sus recursos respectivos (arts. 394 y 398 LEC).

Procede la pérdida de los depósitos constituidos, en su caso, para todos los recursos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Imagen Andalucía Exterior S.L. y Dña. Belinda y desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., todos ellos interpuestos contra la sentencia de fecha 28 de mayo de 2014, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona .

2.º- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3.º- Procede imposición en las costas de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de los recursos de casación a ambos recurrentes respectivamente.

Procede la pérdida de los depósitos constituidos, en su caso, para todos los recursos.

Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleon Prieto, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.

Sentencia a tener en cuenta en lo relativo a la condena al pago de los intereses del artículo 20 de la LCS, ya que entra a valorar un supuesto de causa justificada al existir en el caso, que nos ocupa, una verdadera incertidumbre sobre la responsabilidad en la producción del accidente, indicando como también lo había hecho en otras sentencias, que la incertidumbre no la integra la mera discrepancia en las cantidades reclamadas.

El siniestro de tráfico que da lugar al procedimiento se refiere a una colisión entre una motocicleta y un turismo que se encontraba saliendo de un estacionamiento; el conductor de la motocicleta interponen denuncia contra el conductor del turismo, el cual fue absuelto en el procedimiento penal, por lo que, presenta demanda de juicio ordinario contra el Consorcio de Compensación de Seguros y también contra el conductor del turismo; terminando dicho procedimiento civil, en primera instancia dictándose Sentencia por la que se estima parcialmente la demanda, al considerar que el conductor de la motocicleta contribuyó en un 85% en la producción del accidente, condenando al pago del interés legal del dinero desde la fecha de la interposición de la demanda.

Contra dicha Sentencia, la parte actora, interpone recurso de apelación, confirmando la Audiencia tanto el porcentaje en el reparto de responsabilidades en la producción del accidente, como en lo relativo a los intereses; por lo que la parte recurrente en apelación interpone recurso de casación, únicamente en cuanto a la ausencia de condena a los intereses del artículo 20 LCS.

Contra dicha Sentencia, la parte actora, interpone recurso de apelación, confirmando la Audiencia tanto el porcentaje en el reparto de responsabilidades en la producción del accidente, como en lo relativo a los intereses; por lo que la parte recurrente en apelación interpone recurso de casación, únicamente en cuanto a la ausencia de condena a los intereses del artículo 20 LCS.

La parte apelante considera que la interpretación que hace la Sentencia recurrida en relación al apartado 8 del artículo 20, infringe la jurisprudencia del Tribunal Supremo concretamente en la doctrina reflejada en las sentencias: STSS 5382/2010 de 26-10-2010 ; 271/2011 de 1-2-2011; 2647/2011 de 11-4-2011; 5083/2011 de 19-5-2011; 4897/2011 de 19-5-2011; 5835/2011 de 20-9-2011; 7267/2011 de 7-11-2011; 8681/2011 de 23-11-2011 y 3704/2012 de 17-5-2012”, alegando, igualmente, la parte recurrente que la existencia de la sentencia penal absolutoria previa no justifica que el Consorcio de Compensación de Seguros no haya atendido al pronto cumplimiento de sus obligaciones resarcitorias aunque se diera concurrencia de culpas.

La Sala comienza indicando lo que, según la misma, ya venía diciendo en relación al artículo 20.8 LCS, y sobre el carácter sancionador y la finalidad preventiva del interés moratorio, considerando que debe ser un estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, esto es, el oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado.

De igual modo indica lo que debe considerarse como “causa justificada” concluyendo que: “La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las

COMENTARIO

circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial, nada de lo cual se da en el caso (SSTS 13 de junio de 2007 ; 26 de mayo y 20 de septiembre 2011)".

En la Sentencia recurrida se efectúa una adecuada exclusión de los efectos del artículo 20 de la LCS, ya que la incertidumbre sobre la responsabilidad del conductor del turismo era manifiesta y no sólo por la Sentencia absolutoria del juicio de faltas, sino fundamentalmente porque la contribución culposa del conductor de la motocicleta al siniestro (85%) fue de tal intensidad que podía hacer esperar, razonablemente, una sentencia desestimatoria de las reclamaciones del demandante, razón por la que en la Sentencia recurrida no se ha infringido la doctrina jurisprudencial.

Y también pone de manifiesto lo que según la Sala debe considerarse incertidumbre, no considerando la misma la mera discrepancia en las cantidades reclamadas (Sentencia 17 de mayo de 2012).

Para acabar considerando la Sala, que en la Sentencia recurrida se efectúa una adecuada exclusión de los efectos del artículo 20 de la LCS, ya que la incertidumbre sobre la responsabilidad del conductor del turismo era manifiesta y no sólo por la Sentencia absolutoria del juicio de faltas, sino fundamentalmente porque la contribución culposa del conductor de la motocicleta al siniestro (85%) fue de tal intensidad que podía hacer esperar, razonablemente, una sentencia desestimatoria de las reclamaciones del demandante, razón por la que en la Sentencia recurrida no se ha infringido la doctrina jurisprudencial.

A este respecto debemos indicar que el criterio que mantiene esta Sentencia no es el adoptado por la Sala en supuestos parecidos, en las que concluyen que no se considera causa justificada la negativa al abono de la indemnización cuando esté fundada en la existencia de controversia en relación a la imputación de responsabilidad, concretándose esta incertidumbre únicamente en lo relativo a la existencia del propio accidente o la cobertura de la póliza, por lo que consideramos que esta Sentencia viene a discrepar de la doctrina anterior, que por cierto, no es la que se señala por la Sala en esta Sentencia.

Por todo ello considero que la aportación de esta sentencia se concreta en que la contribución grave de la víctima en la producción del accidente, circunstancia que da lugar a una absolución penal y a la apreciación de una elevada concurrencia de culpa en el procedimiento civil, viene a considerarse como causa justificada para la no imposición de los intereses punitivos del artículo 20 de la LCS.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

La determinación de la indemnización por incapacidad permanente mediante un porcentaje sobre el capital garantizado, expresado en una tabla contenida en la condiciones generales, en contradicción con la cantidad recogida en las condiciones particulares como importe de la indemnización por tal concepto, supone una cláusula limitativa.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 14 de septiembre de 2016.

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1.- Dña. Francisca tenía suscrita póliza de seguro de accidentes con la compañía de seguros Génesis, cuyas condiciones particulares incluían una cobertura por invalidez permanente con un límite de 30.050 €. En las condiciones generales se contenían unas tablas porcentuales, que modulaban la indemnización en función de la gravedad de las lesiones o secuelas padecidas.

2.- El 27 de noviembre de 2003, la Sra. Francisca sufrió un accidente de tráfico, con un re-

sultado lesivo consistente en síndrome ansioso-depresivo reactivo; dolor en pie derecho, severo incluso en reposo; impotencia funcional para la bipedestación y deambulación continuada; y cérico-lumbalgia mecánica, sin limitación funcional.

3.- Por sentencia firme de la jurisdicción social, se declaró a Dña. Francisca en situación de incapacidad permanente total.

4.- Dña. Francisca formuló una demanda contra Génesis, en la que solicitaba que se la condenara al pago de 30.050 €, más el interés del art. 20 LCS.

5.- La compañía de seguros se opuso, al considerar que la demandante solamente padecía una incapacidad parcial, por lo que en aplicación de los porcentajes sobre el capital asegurado, correspondía una indemnización del 10%, es decir, 3.050 €.

6.- La sentencia de primera instancia condenó a la aseguradora al pago de 3.050 € de indemnización, sin intereses. Apreció que, aunque la jurisdicción social hubiera reconocido a la demandante una incapacidad permanente total, sus lesiones únicamente conllevaban una limitación funcional de algunos miembros. Y concluyó que las tablas

porcentuales contenidas en las condiciones generales no eran cláusulas limitativas de los derechos de la asegurada, sino delimitadoras del riesgo, por lo que no requerían aceptación especial.

7.- La Sra. Francisca interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia por la demandante, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, por los siguientes y resumidos argumentos: (i) Las tablas porcentuales constituyen una cláusula limitativa, que precisa los requisitos del art. 3 LCS; (ii) Dada la entidad de las lesiones, corresponde una indemnización equivalente al 50% del capital asegurado, es decir, 15.025 €, más los intereses del art. 20 LCS .

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Primer motivo de infracción procesal. Congruencia interna y motivación. Planteamiento:

1.- El primer motivo de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.2º LEC, denuncia la infracción del art. 218, apartados 1 y 2, LEC, por falta de congruencia interna y de motivación.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, re-



sumidamente, que la sentencia incurre en incongruencia interna, porque pese a reconocer que las tablas de graduación de la incapacidad suponen una limitación de los derechos de la asegurada, y no son una mera delimitación del riesgo, acaba aplicándolas. Y además, sin razonar debidamente dicha decisión.

Decisión de la Sala:

1.- Como hemos dicho, entre otras muchas, en la sentencia 169/2016, de 17 de marzo, la llamada «congruencia interna» se refiere a la coherencia o correspondencia entre lo razonado y lo resuelto, a fin de que no haya contradicción entre fundamentación jurídica y fallo. Estos casos de incongruencia interna han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, puesto que la contradicción entre la fundamentación y el fallo de una resolución no es un vicio de incongruencia, sino un defecto de motivación, al ser la que resulta, irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero; 140/2006, de 8 de mayo; y 127/2008, de 27 de octubre). Con lo cual, su ámbito de inclusión en un recurso por infracción procesal se encuentra en el número 4º del artículo 469.1 LEC, y no en el nº 2, como incorrectamente ha efectuado la recurrente (sentencias de esta Sala núm. 634/2015, de 10 de noviembre; y 356/2016, de 30 de mayo).

2.- A su vez, tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala que la lógica a la que se refiere el art. 218.2 LEC es la del entramado argumentativo, exposición de razones o consideraciones en orden a justificar la decisión, sin que se extienda al acierto o desacierto de las mismas, ni quepa al socaire de dicho precepto traer al campo del recurso extraordinario por infracción procesal el debate sobre las cuestiones de fondo, dentro de las que se comprenden los juicios de valor en relación con la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, que corresponden al ámbito del recurso de casación (sentencias 888/2010, de 30 de diciembre; 232/2012, de 23 de abril; 586/2013, de 8 de octubre; 215/2013 bis, de 8 de abril; y 634/2015, de 10 de noviembre, entre otras muchas). Es decir, como precisó la Sentencia 705/2010, de 12 de noviembre, la exigencia del art. 218.2, in fine, LEC de que la motivación debe ajustarse a las reglas de la lógica y de la razón se refiere a la exposición argumentativa del Tribunal y no a si es lógica la interpretación jurídica, ni la conclusión de este orden extraída, efectuadas por la resolución recurrida, pues se trata de cuestiones de fondo propias del recurso de casación.

3.- Desde este punto de vista, aunque tiene cierto fundamento este motivo de infracción procesal, más que incoherencia interna, lo que habría sería una incorrecta apreciación jurídica sobre el alcance de la calificación de la cláusula controvertida como limitativa de los derechos de la asegurada y no como mera delimitación del riesgo, por lo que tal valoración deberá ser combatida en el recurso de casación y no en este recurso estrictamente procesal.

TERCERO.- Valoración irracional de la prueba con incidencia constitucional. Planteamiento :

Con fundamento en el art. 469.1.4ª LEC, se alega vulneración del art. 24 CE, por realizar la sentencia recurrida una valoración arbitraria e ilógica de la prueba practicada, al negar la indemnización por el total del capital garantizado, pese a considerar limitativa de los derechos del asegurado la cláusula en la que se apoya la reducción.

Decisión de la Sala:

1.- En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia y para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE . En las sentencias de esta Sala núm. 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de mayo, y 411/2016, de 17 de junio (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

2.- Sobre estas bases, tal y como hemos expresado al resolver el precedente motivo de infracción procesal, lo que se impugna no es propiamente una conclusión fáctica, ni una valoración probatoria, sino una valoración jurídica, relativa al alcance y consecuencias de la calificación de una cláusula de un contrato de seguro





como limitativa de los derechos de la asegurada y no como delimitadora del riesgo. Cuestión sustantiva que, en su caso, ha de ser combatida en el recurso de casación. Por lo que este segundo motivo de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

Recurso de casación.

CUARTO.- Formulación de los motivos de casación. Infracción del art. 3 LCS y de la jurisprudencia que lo interpreta.

1.- El recurso de casación, formulado al amparo del art. 477.2.3º LEC, se enuncia en dos motivos. En el primero, se aduce infracción del art. 3, en relación con los arts. 1 y 2, LCS, en lo referente a los límites de la cobertura del seguro, las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, las exigencias de validez de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y la prevalencia de las cláusulas particulares sobre las generales.

En el segundo motivo, se alega infracción de la jurisprudencia interpretativa de los preceptos citados. Se cita como jurisprudencia infringida las sentencias núm. 394/2008, de 13 de mayo; 711/2008, de 22 de julio; 676/2008, de 15 de julio; y 375/2011, de 7 de junio .

2.- En el desarrollo de ambos motivos se aduce que la cláusula controvertida, inserta en las condiciones generales, por la que se fijan porcentajes en función, no del grado de invalidez, sino por la concreta lesión orgánica que da lugar a la misma, no es delimitadora del riesgo, sino limitativa de derechos, sin que reúna los requisitos de validez exigidos por el art. 3 LCS, tal y como reconoce la propia sentencia recurrida. Por lo que dicha condición general de la contratación deviene inaplicable, sin que sea posible la aplicación parcial realizada por la Audiencia Provincial.

3.- La cláusula 7 b) de las condiciones generales del seguro de accidentes objeto de litigio, bajo el título «Invalidez permanente por accidente», establece:

«Si a consecuencia directa del accidente de circulación, ocurrido durante la vigencia de la póliza, el asegurado sufre una invalidez permanente total o parcial, declarada dentro del plazo máximo de dos años, a contar desde la fecha del accidente, el asegurador abonará la indemnización que corresponda a su grado de invalidez, de acuerdo con el siguiente baremo, aplicando porcentaje correspondiente al capital que figure en las condiciones particulares de la póliza.

«Se considera invalidez permanente total:

- La pérdida completa o impotencia funcional absoluta y permanente de: ambas manos o ambos pies, o bien una mano y un pie.
- La ceguera completa, incurable y permanente.
- La enajenación mental completa e incurable producida por fractura del cráneo, haciendo imposible todo trabajo u ocupación.

«En caso de invalidez permanente total, el asegurado percibirá el 100% del capital asegurado indicado en las condiciones particulares para la garantía de invalidez permanente.

«Se considera invalidez permanente parcial la pérdida, lesión, acortamiento o impotencia funcional de algún órgano o miembro, como consecuencia del accidente de circulación, en cuyo caso, el asegurador abonará al asegurado la cantidad resultante de aplicar los porcentajes que se recogen en el siguiente baremo al capital que figure contratado en las condiciones particulares para la garantía de invalidez permanente».

[A continuación, bajo el epígrafe «Lesiones permanentes», se incluye una tabla con una relación de secuelas y la atribución de una cifra porcentual a cada una de ellas].

4.- Dada la evidente conexidad argumentativa y expositiva entre ambos motivos de casación, se resolverán conjuntamente.

QUINTO.- Distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas en el contrato de seguro.

1.- Desde un punto de vista teórico, la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas parece, a primera vista, sencilla, de manera que las primeras concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro. Mientras que las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido.

No obstante, como expresa la sentencia de esta Sala núm. 715/2013, de 25 de noviembre, en la práctica, no siempre han sido pacíficos los perfiles que presentan las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del ase-



gurado. Las fronteras entre ambas no son claras, e incluso hay supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado.

La sentencia 853/2006, de 11 de septiembre, sienta una doctrina, recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de esta Sala 1ª, (verbigracia sentencias núm. 1051/2007, de 17 de octubre; y 598/2011, de 20 de julio), según la cual

son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en qué ámbito temporal.

Otras sentencias posteriores, como la núm. 82/2012, de 5 de marzo, entienden que debe incluirse en esta categoría la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada. Se trata, pues, como dijimos en la sentencia núm. 273/2016, de 22 de abril, de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual (cláusulas sorprendentes).

A su vez, la diferenciación entre cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas de derechos, cuando el asegurado es un consumidor, ya viene establecida en la exposición de motivos de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al decir que «en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación (de abusividad), ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor».

2.- Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos se dirigen a condicionar o modificar el derecho del asegurado y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiere producido. Deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS, de manera que deben ser destacadas de un modo especial y han de ser expresamente aceptadas por escrito; formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (sentencias 268/2011, de 20 de abril; y 516/2009, de 15 de julio).

La jurisprudencia ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, refiriéndolo al contenido natural del contrato, derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora (sentencia núm. 273/2016, de 22 de abril). El principio de transparencia, funda-

mento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas introductorias o particulares.

SEXTO.- La delimitación de la cobertura y las cláusulas limitativas en los seguros de accidentes. El uso de baremos porcentuales.

1.- Al partir de la definición contenida en el art. 100 LCS, conforme al cual se conceptúa el accidente como «lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal, permanente o muerte», la jurisprudencia ha establecido que en el seguro voluntario de accidentes, cualquier restricción mediante cláusulas que determinen las causas o circunstancias del accidente o las modalidades de invalidez, por las que queda excluida o limitada la cobertura, supondría una cláusula limitativa de derechos del asegurado (STS, Sala 1ª -Pleno- 402/2015, de 14 de julio).

2.- A su vez, en la misma línea, la sentencia núm. 676/2008, de 15 de julio, que reiteraba la doctrina establecida por la sentencia núm. 1340/2007, de 11 de diciembre (y las que en ella se citan), trató específicamente el problema de la calificación de la cláusula que suponía una restricción de la suma a indemnizar en caso de invalidez permanente, y concluyó:

«[I]a jurisprudencia tiene declarado que la restricción de la suma con la que procede indemnizar los supuestos de invalidez permanente distinguiendo o excluyendo distintos supuestos según la gravedad de las lesiones sufridas implica, desde esta perspectiva, una limitación de los derechos del asegurado si en las condiciones particulares se estableció una suma única por invalidez permanente total, dado que el concepto de invalidez permanente, puesto en relación con el de incapacidad permanente total en el orden laboral, supone la falta de aptitud para el desempeño de las funciones propias del trabajo habitual, y ésta puede producirse tanto por una lesión muy grave como por otra menos importante (además de las que cita la parte recurrente, STS 13 de mayo de 2008, rec. 260/2001)».

En consecuencia, la determinación de la indemnización por incapacidad permanente mediante un porcentaje sobre el capital garantizado en función del grado de invalidez permanente y secuelas sufridas por el asegurado, expresado en una tabla contenida en la condiciones generales, en contradicción con las condiciones particulares, en las que únicamente figura una

cifra fija (en este caso, 30.050 €), como importe de la indemnización por tal concepto, supone una cláusula limitativa, que requiere para su validez los requisitos del art. 3 LCS. Y en el presente supuesto, no consta que la asegurada hubiera aceptado expresamente dicha limitación, como exige el citado precepto.

SÉPTIMO.- Estimación del recurso de casación y asunción de la instancia.

1.- La Audiencia Provincial llega a la misma conclusión sobre la calificación de la condición general controvertida, pero pese a ello, no deja sin aplicar la cláusula limitativa, que sería la consecuencia de su falta de aceptación expresa por la asegurada, sino que, de manera contradictoria, la reinterpreta y la integra, llegando a una conclusión indemnizatoria mayor que la propuesta por la aseguradora, pero que proviene de la aplicación de la cláusula que, según la propia sentencia recurrida, no reúne los requisitos legales para su validez.

En su virtud, ha de estimarse el recurso de casación y anularse dicha resolución.

2.- Y al asumir la instancia, procede estimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Francisca, y con él, estimar también plenamente la demanda, dada la inoponibilidad a la asegurada de la cláusula limitativa (por todas, sentencia núm. 1340/2007, de 11 de diciembre), a fin de condenar a la aseguradora a que indemnice a la demandante en la suma de 30.050 €, más los intereses previstos en el art. 20 LCS.

OCTAVO.- Costas y depósitos.

1.- Pese a la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal, dado que la contradicción en la resolución recurrida que se ha puesto de manifiesto al resolver el recurso de casación, daba un cierto pie a la formulación del motivo de infracción procesal por incongruencia interna, resulta aconsejable no hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según permiten los arts. 394.1 y 398.1 LEC.

2.- De conformidad con lo previsto en el art. 398.2 LEC, no procede hacer expresa imposición de las costas de los recursos de apelación y casación, al haber sido estimados.

3.- Conforme al art. 394.1 LEC, las costas de la primera instancia deben imponerse a la parte demandada

4.- Procede acordar también la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ. Y la pérdida del efectuado para el recurso extraordinario de infracción procesal, a tenor del apartado 9 de la misma Disposición.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Dña. Francisca contra la sentencia de fecha 25 de septiembre de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, en el recurso de apelación núm. 1078/2012.

2.- Estimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Francisca contra dicha sentencia, que casamos y anulamos.

3.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Francisca contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de Martorell, con el núm. 27/2012, de 28 de febrero, que revocamos y dejamos sin efecto.

4.- Estimar la demanda formulada por Dña. Francisca contra la compañía de seguros Génesis (Grupo Liberty) y condenar a dicha compañía de seguros a que indemnice a la demandante en la suma de TREINTA MIL CINCUENTA EUROS (30.050 €), más el interés previsto en el art. 20 LCS.

5.- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y casación.

6.- Condenar a la compañía de seguros Génesis (Grupo Liberty) al pago de las costas causadas en primera instancia.

7.- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación y la pérdida del efectuado para el recurso extraordinario de infracción procesal. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

A Como consecuencia de un accidente de tráfico se reconoce a la lesionada por la sentencia dictada en la jurisdicción social una situación de incapacidad permanente total. En virtud del seguro de accidente suscrito por ésta con la cía. de seguros Génesis, interpone demanda judicial en reclamación de la cantidad de 30.050 euros que se corresponde con la cobertura contratada por la asegurada en las condiciones particulares de la póliza para la situación de invalidez permanente. Dicha demanda se estima parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia al coincidir con los argumentos de la aseguradora demandada, que mantenía que la indemnización que le correspondía era del 10% sobre la cantidad asegurada, en aplicación de las tablas incluidas en las condiciones generales del contrato donde se recogían unos porcentajes en atención a la lesión padecida (y no al grado de incapacidad reconocido). Y ello, al considerar que dichas tablas no tenían la consideración de cláusulas limitativas de derechos, sino delimitadoras.

La Audiencia Provincial, por su parte, considera que las tablas porcentuales sí constituyen una cláusula limitativa de los derechos, y que por tanto, precisa estar sometida a los requisitos del artículo 3 de la LCS, si bien, considera –de forma incongruente– que en atención a las lesiones corresponde una indemnización del 50% sobre el capital asegurado.

El Tribunal Supremo, tras desestimar los dos motivos planteados por infracción procesal, al considerar que ambos lo que realmente recogen es una infracción jurídica, aborda la controversia planteada a través de dos motivos de casación. El primero, por infracción del artículo 3 de la LCS, al considerar que la cláusula controvertida insertada en las condiciones generales por la que se fijan unos porcentajes en función, no del grado de invalidez, sino por la concreta lesión orgánica que da lugar a la misma, no es delimitadora del riesgo sino limitativa. Por el segundo se alega infracción de la jurisprudencia que interpreta dicho precepto.

Como punto de partida para resolver el recurso, la Sala 1ª vuelve a analizar las diferencias entre las cláusulas limitativas y las cláusulas delimitadoras, y en concreto, se hace eco de lo que ya se dijo al respecto en la Sentencia nº 273/2016, de 22 de abril. Respecto a las cláusulas delimitadoras establece que son aquellas que tratan de *“individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo con coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual (cláusulas sorprendentes)”*. Y en relación con las cláusulas limitativas, son aquellas que se ciñen *“al contenido natural del contrato, derivado entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora”*.

Aplicando lo anterior al seguro de accidentes, que es el caso que nos ocupa, la Sala 1ª considera que la más reciente jurisprudencia dictada en la materia, y en concreto, sobre qué consideración debe tener la suma a indemnizar en caso de invalidez permanente, establece que la restricción de la cantidad a indemnizar en función de la gravedad de la lesión sufrida implica una limitación de los derechos del asegurado si se ha establecido una suma asegurada única en las condiciones particulares de la póliza, puesto que el reconocimiento de una incapacidad permanente total en el orden laboral, supone la imposibilidad de realizar funciones propias del trabajo habitual, con independencia de que la lesión que la cause sea más o menos grave.

Por todo lo anterior, concluye la sentencia estableciendo que: *“la determinación de la indemnización por incapacidad permanente mediante un porcentaje sobre el capital garantizado en función del grado de invalidez permanente y secuelas sufridas por el asegurado, expresado en una tabla conteni-*

COMENTARIO

da en las condiciones generales, en contradicción con las condiciones particulares, en las que únicamente figura una cifra fija, como importe de la indemnización por tal concepto, supone una cláusula limitativa, que requiere para su validez los requisitos del art. 3 de la LCS”

Esta sentencia, así como las últimas dictadas por la Sala 1ª en la materia, suponen en cierta forma un cambio en la línea que se venía manteniendo años atrás en la materia. Este cambio obedece a la tendencia en una gran parte de pólizas de seguro a “oscurecer” o “entorpecer” una lectura de las mismas que permita identificar qué se está asegurando, introduciendo en las condiciones generales del contrato cláusulas de difícil comprensión y apreciación. Con esta nueva tendencia, se pretende –aunque en algunas ocasiones se genere una situación injusta para las compañías aseguradoras- favorecer la parte débil del contrato, que no interviene en su redacción y que en muchas ocasiones se le ha visto negado su derecho de ser indemnizado en la cuantía asegurada y esperada por él, y en base a la cual se ha calculado la prima que ha tenido que abonar.

En este sentido, ya resultó de gran trascendencia la sentencia de fecha 22 de abril de 2016 - publicada en el número 58 de esta revista-, donde el Tribunal Supremo da un paso más, reconociendo un nuevo concepto distinto al de cláusula delimitadora y limitativa, como es el de cláusula lesiva, que son aquellas que reducen considerablemente y desproporcionadamente su derecho, vaciándolo de contenido, y de ahí las expectativas razonables del asegurado al contratar un seguro y cláusulas que en la práctica vacían de contenido el aseguramiento.

Como digo, esta doctrina forma parte de una evolución jurisprudencial tal y como se reconoce por el propio ponente en la Sentencia, al traer a colación la Sentencia de 11 de septiembre de 2006 del Pleno de la Sala 1ª (recogida en otras posteriores), en la que en contra de lo que se pretende mantener en la resolución que nos ocupa, se resuelve al respecto lo siguiente: *“La jurisprudencia mayoritaria declara que son cláusulas delimitativas aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial (...) Ello permite distinguir lo que es la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada, de las cláusulas del contrato que limitan los derechos de los asegurados, una vez ya se ha concretado el objeto del seguro, por cuanto nada tienen que ver con estas, sino con las delimitativas, en cuanto pertenecen al ámbito de la autonomía de la voluntad, constituyen la causa del contrato y el régimen de los derechos y obligaciones del asegurador, y no están sujetas a los requisitos impuestos por la Ley a las limitativas, conforme el art. 3, puesto que la exigencia de este precepto no se refiere a una condición general o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad de la aseguradora, sino a aquellas que son limitativas de los derechos del asegurado (STS 5 de marzo 2003, y las que en ella se citan)».*

El Tribunal Supremo se aparta de esta doctrina con estas últimas sentencias, a las que podríamos añadir también la de 14 de julio de 2017, para optar por proteger al asegurado y asegurar en cierta forma el cumplimiento por parte de la aseguradora que el contrato de seguro refleje realmente lo que el asegurado ha querido contratar y para lo que se ha fijado la prima correspondiente.

En este sentido, se podría una aportación, y es que entiendo que un criterio a la hora de delimitar este límite entre cláusulas limitativas y delimitadoras (que cada vez está más definido gracias a sentencias como la que nos ocupa), podría ser –entre otros- que si esa cláusula afecta en su aspecto cuantitativo o cualitativo a una garantía o cobertura expresamente recogida en las condiciones particulares y que ha sido tenida en cuenta a la hora de calcular la prima –como ocurre en este caso-, será considerada limitativa por cuanto elimina un derecho adquirido por el asegurado mediante el pago de la prima.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Vulneración del derecho al honor por parte de un médico psiquiatra al manifestar en un informe que el demandante padecía una enfermedad psicológica.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 30 de septiembre de 2016.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Don Gonzalo demandó a don Torcuato por vulneración de su derecho al honor. La demanda parte del hecho de que el día 5 de junio de 2009 tuvo conocimiento del informe que el demandado, como psiquiatra neurólogo, había emitido meses antes (19 de noviembre de 2008) y entregado a su esposa incurso en trámites de separación y divorcio y como denunciante de su esposo, en las Diligencias Previas núm. 801/08, seguidas por delito de amenazas y falta de vejaciones en el ámbito familiar. La esposa no aportó ese informe al juzgado hasta el 23 de mayo de 2009, al tiempo que solicitaba medida de protección contra el mismo. Le reclama 60.000 euros.

En el informe se dice lo siguiente:

«Acudió por primera vez a mi consulta el pasado 4 de abril de 2008. Diagnosticada de trastorno de ansiedad generalizada con crisis o ataques de angustia- ansiedad. Junto a una historia de jaqueca oftálmica o migraña. Su clínica se resumía en forma de nerviosismo, intranquilidad y crisis o ataques de ansiedad. La migraña o jaqueca tenía la clínica habitual junto con al dolor hemisférico y síntomas neurológicos asociados. Dicha migraña es exclusivamente de carácter neurológico.

Su psicopatología: trastorno de ansiedad generalizada con crisis está en relación con stress laboral y una mala relación de pareja. El marido que ha sido visto por mí padece una celotipia delirante paranoide que constituye el principal factor desequilibrador emocional en la paciente. Ha sido tratada en varias ocasiones con ansiolíticos antimigrañosos y psicoterapia de apoyo individual.

La última sesión de psicoterapia y consulta la realizó el pasado 25 de junio de 2008».

Posteriormente, emitió un segundo informe, de fecha 7 de octubre de 2009, en los siguientes términos:

«Informe solicitado por D. Gonzalo .- Ha sido entrevistado en tres ocasiones en mi consulta, con fechas: 7-9-09, 15-9-09 y 30-9-09. Me refiere han tramitado separación matrimonial desde hace alrededor de tres meses de su ex esposa D^a María Dolores. Tras las referidas entrevistas no se detecta patología psicológica evidente. El informe que me fue solicitado por su ex esposa D^a María Dolores de fecha 19 de noviembre de 2008 en el que se hacía constar que padecía una celotipia delirante paranoide. Dicho diagnóstico solamente está basado en la información aportada por la paciente arriba indicada»

Dicho informe, se dice en la demanda, «... fue la base principal de su incriminación y que le sirvió para sufrir el estigma de ser acusado y tenido como un maltratador que presentaba unos rasgos psicológicos de celotipia delirante paranoide.... Se ha de tener en cuenta que la importancia de ese informe, de cuya veracidad y objetividad, en principio, no cabía dudar, (incluso ni siquiera por parte de la Sra. María Dolores que lo aportó) resultó trascendente a la hora de admitir a trámite la denuncia interpuesta contra mi representado por la Sra. María Dolores; fue ese informe el que motivó la investigación penal pertinente y el que, en gran medida, provocó que se elevaran las diligencias previas a procedimiento abreviado».

Se puede afirmar, añade, que la sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Granada de 22 de febrero de 2011, se debió al efecto provocado por los informes forenses referidos y el posterior emitido por el demandado, que desmentía el anteriormente aportado. Sin embargo, lo cierto es que por entonces, el perjuicio y daño a mandante, a su prestigio, buen nombre, su condición de padre y profesional, ya se habían consumado, si bien se pudieron ver ligeramente mitigados, pues se ha de reconocer que el propio demandado intentó, en parte, enmendar el daño ocasionado con su precedente y negligente proceder, al emitir ese segundo informe que ponía en evidencia el anteriormente suscrito sin examinar ni valorar a quien había considerado como un celoso delirante paranoico, el prototipo patológico de varón maltratador.

La sentencia del Juzgado desestimó la demanda. La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial con los siguientes argumentos: a) el diagnóstico introducido en el controvertido primer informe del demandado, atribuyéndole una enfermedad o trastorno psíquico de "celotipia paranoide delirante", como el resto de cualquier enfermedad que un médico, acertada o desacertadamente, diagnostica sin intención ultrajante, no puede ser considerado ni injurioso ni insultante, b) a la hora de emitir el informe psiquiátrico de las afecciones de la esposa era razonable asociar su diagnóstico de trastorno de ansiedad generalizada con el estrés laboral y con una mala relación de pareja -que luego determinó el divorcio-, en el que textualmente se hizo constar como causa influyente de esa ansiedad "el carácter y personalidad de celotipia obsesiva y delirante" hasta el punto de calificarlo el demandado como principal factor del

desequilibrio emocional de la paciente (esposa del actor).

«En definitiva, ese juicio de valor, fuera o no riguroso, expresaba la opinión médica de quien había atendido a su paciente de esa alteración anímica entre el 4 de abril al 23 de junio de 2008, tratamiento y seguimiento en su evolución que al inicio, al parecer, era de terapia matrimonial y que, fuera como fuera, posteriormente solo refleja una valoración médica obtenida, según se explicaba detalladamente por el demandado, al ser interrogado en juicio, desde sus conocimientos científicos y empíricos propios de la larga experiencia profesional y de lo apreciado en las entrevistas, en algunas de las cuales intervino el demandante, y, según el segundo informe, por las manifestaciones que sobre distintos episodios de celos narraba su paciente.

Así las cosas, no disociar o incluso no haber cercenado y omitido en ese informe de diagnóstico, lo que el doctor consideraba "principal factor desencadenante de su desequilibrio emocional", la celotipia atribuida al marido, no puede justificar en nuestro derecho un ataque ilícito al honor y menos ver esa lesión en el hecho posterior de que, once meses después y tras someterse a una nueva valoración, el demandado (tras un examen clínico-psiquiátrico al actor durante tres sesiones entre el 7 y el 30 de septiembre de 2009) llegara a la conclusión de no detectar "patología psicológica evidente" y a afirmar o reconocer, sea por un acto de honestidad profesional o por otras razones, que el dictamen previo solo estaba basado "en la información aportada por la esposa".

Se estaba pues ante una información médica relevante, cualquiera que fuera su grado de exactitud, sin que el supuesto error de diagnóstico, propio del ámbito de las acciones de responsabilidad médica pueda convertirse -no obstante la admonición del artículo 1 de la Ley 1/82 -, y es lo que se pretende, en un ataque ilegítimo a título de imprudencia, contra el honor, por más que se pretenda alcanzar igual reproche e indemnización, apuntando a la violación del secreto profesional que ahora se introduce "ex novo" en esta segunda instancia con tal de llegar, pese a su difícil encaje en el caso de autos, a la misma conclusión y derecho de resarcimiento.

Informe en definitiva, que hacía una valoración médica del estado de ansiedad de su paciente y que se explicaba como derivado o provocado por la celotipia del marido, sin que la entrega del mismo a la esposa que era su paciente pueda considerarse, hasta donde llegará el dominio funcional del médico demandado con virtualidad y dimensión atentatoria relevante para suponer una injerencia ilícita, máxime si solo se hizo público al aportarse a un proceso penal como prueba documental admitida por la autoridad judicial, lo que de por sí, descarta la intromisión ilícita al caer dentro del espacio de exclusión del artículo 8.1º de la Ley 1/1982 : "No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante."

Esa supuesta revelación, por ser un diagnóstico médico, fuera o no acertado, en ningún caso, y menos dentro del desarrollo de los hechos en-



juiciados, puede considerarse una manifestación atentatoria al honor, sino más bien al derecho a la privacidad o intimidad de la persona, lo que constituye un concepto y bien jurídico distinto y no extrapolable».

SEGUNDO.- Don Gonzalo formula recurso de casación en un único motivo por infracción del artículo 18 CE, planteando que se produce una injerencia en su derecho al honor, con la emisión del dictamen, posteriormente desmentido por otro, por exceder del ámbito propio de la libertad de expresión al valorarse de forma subjetiva su conducta mediante la utilización de expresiones gravemente atentatorias a su dignidad, dada la gravedad de la falsa enfermedad mental que se le atribuye, susceptible de crear dudas acerca de su personalidad en el marco de la violencia de género.

El recurso se estima.

No estamos ante un informe pericial en el que se evalúe el estado de salud mental del recurrente que, como señala la sentencia de 3 de marzo de 2011, le dote de un interés público y general, desde la idea de que, como consecuencia del trabajo forense, quien lo emite interviene como perito ante el juzgado, realiza una evaluación psicológica, hace unas declaraciones basadas en su trabajo profesional e influye en la toma de decisiones judiciales al efectuar las recomendaciones o propuestas que considera oportunas.

No es eso. Lo que se emite por el demandado es un informe de complacencia que no está dotado de esa especial protección que resulta de un peritaje y que se pone en manos de la esposa del demandado, en situación de crisis matrimonial, para ser utilizado en contra de este, como sujeto que padece un trastorno celotípico que constituye uno de los rasgos del maltratador en los litigios relativos a la violencia de género, hasta el punto de que propició el seguimiento de unas diligencias penales después archivadas; informe que desmiente después el mismo demandado una vez que ha tomado conocimiento real de la situación de quien ahora si aparece como paciente.

Desde este punto de vista, el grado de afectación del derecho al honor es indudable frente a la actuación del demandado. Estamos ante la elaboración de un diagnóstico innecesario para poder determinar la realidad familiar de su paciente frente a su esposo e injustificado respecto de una persona que no era paciente del demandado al que ni siquiera examinó específicamente y de la comunicación o revelación a su paciente de unas

conclusiones médicas sobre la patología observada, lo que supone un menoscabo de la dignidad y reputación del mismo, que no estaba justificado por el ejercicio de su profesión en cuanto llega a unas conclusiones indudablemente graves sobre el demandante con la única base de las manifestaciones subjetivas de la esposa y con el único ánimo de desprestigiar a su persona o de facilitar que así fuera, como lo fue, lo que no está amparado en un ejercicio legítimo de su profesión, con vulneración del artículo 7.4 de la LO 1/1982.

TERCERO.- En definitiva, se estima el recurso de casación; se dejan sin efecto las sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial y se asume la instancia para resolver sobre la indemnización solicitada de 60.000 euros por los daños y perjuicios causados al demandante, para lo que deben valorarse las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, según el artículo 9 Ley 1/1982

En el caso, la lesión al demandante es ciertamente grave. Se le expone como una persona afectada por un problema de salud mental sin justificación alguna y se hace con la publicidad que resulta de su difusión en un proceso penal al que se vio sometido sobre maltrato a la persona de su esposa. Estamos en el ámbito propio de los daños morales y de su cuantificación siempre dificultosa en el que, sin embargo, se constata un dato objetivo como es el que resulta de un grave e innecesario ataque al honor del demandante si hubiera actuado con el rigor exigido a un profesional de la medicina; razón por la que se considera adecuada en concepto de indemnización del daño ocasionado la cantidad de 6.000 euros, dada la escasa difusión que tuvo el informe.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede la imposición de las costas causadas en ninguna de ambas instancias, ni en este recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Gonzalo contra la sentencia de 20 de junio de 2014, dictada por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Granada.

2º.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

Es digno del mayor encomio el especial trabajo de ordenación que realiza la sentencia que motiva la presente valoración. Efectivamente, antes de adentrarse en consideraciones susceptibles de ser valoradas de diversa manera y por enfoques colusorios, - se está tratando del Derecho al Honor y el derecho a la privacidad o intimidad de la persona frente a lo que pretende ser considerado como informe diagnóstico de parte - lo que se hace es contextualizar el texto. Es decir, se busca, en primer lugar, conceptualizar el elemento informativo para de esta manera otorgarle el valor proyectivo que le pueda ser propio desde una consideración jurídica.

Se dice en el Fundamento Jurídico 2º: *“No estamos ante un informe pericial”*. Y este es el eje sobre el que gravitará la fundamentación de la sentencia. Porque si esto fuera así se encontraría dotado de ese interés público y general contra el que no podría argüirse protección constitucional en base al art. 18-1 de la C.E. Eso es lo que no se termina de entender que fuera pasado por alto en las dos resoluciones previas. Y es el primer ejercicio que se deberá efectuar en todo juicio valorativo: Las piezas han de estar en sus escaques. No estamos ante un informe pericial.

Antes de adentrarse en consideraciones susceptibles de ser valoradas de diversa manera y por enfoques colusorios, - se está tratando del Derecho al Honor y el derecho a la privacidad o intimidad de la persona frente a lo que pretende ser considerado como informe diagnóstico de parte - lo que se hace es contextualizar el texto.

La sentencia, después de decir *lo que no es* aquello que viene a configurarse como el elemento nuclear: el informe emitido el 19 de Noviembre de 2008 y que fue entregado a su esposa incurso en trámites de separación y divorcio, dice lo que es, *“un informe de complacencia”*. Esta es la conclusión definitiva alcanzada por el T.S. y que se nos antoja como una fórmula de estilo para calificar el enredo de informe y contrainforme del mismo demandado, desdiciéndose, ya que en un principio refiere *“El marido que ha sido visto por mí”*, para posteriormente el informe de 7/10/2009, señalar que *“...dicho diagnóstico solamente está basado en la información aportada por la paciente arriba indicada”*.

Por tanto, la sentencia pone orden. Lo pone en la identificación y calificación del elemento informativo sobre el que se pretende poner coto y declarar su carácter violatorio del Derecho fundamental del honor. Diciendo lo que es y lo que no es, terminando por reconocer algo que parece una obviedad y que incomprendiblemente no fue visto por las dos resoluciones previas, máxime cuando se hizo uso del informe en un procedimiento penal, lo que denota el carácter torticero y tendencioso en la incorporación del diagnóstico de la celotipia delirante

COMENTARIO

paranoide que posteriormente fue minimizado en su valoración por el propio demandado.

Pero si hemos comentado lo que de positivo, por esclarecedor, tiene la sentencia objeto del presente comentario, obligado se hace señalar ciertas sombras que recaen en el aspecto consecencial de la misma. A mi humilde entender, una vez más, se deja pasar la oportunidad de

sentar las bases que permitan completar el contenido conceptual del honor, porque sólo desde la homogeneidad intelectual en la construcción definitoria de tal concepto se podrá proyectar una atinada indemnización que supere el aleas en que ahora nos encontramos. Y esto sólo será posible creando un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial hasta ahora inexistente.

Histórica y sociológicamente se suele identificar honor con dignidad. Y esto es así. Pero es algo más. La dignidad del ser humano es inherente a su propio ser, pero a partir de ahí se va creando la biografía de cada cual, tal que de un proceso de estratificación se tratase: reconocimiento social, familia, fama, prestigio profesional, méritos alcanzados... y una serie de valores susceptibles de ser identificados, tanto al momento de formular la demanda en el desarrollo de su aspecto reclamatorio, como de la adecuada respuesta que judicialmente deberá tener. Y estos valores, que llenan de contenido el concepto honor, son merecedores en su individualidad de defensa y protección. Es el patrimonio principal del ser humano, y que por tanto exigiría un esfuerzo en su exposición cuando de reclamar se trate, así como en su valoración pormenorizada y crítica al momento de fijar una indemnización resarcitoria del potencial ataque sufrido. Porque este puede incidir en uno o varios ámbitos de la compleja y poliédrica realidad existencial de la persona. Fijarlo es necesario para minimizar la arbitrariedad que puede derivarse a la hora de reclamar o establecer judicialmente la indemnización.

La sentencia simplemente refiere que *“Estamos en el ámbito de los daños morales y de su cuantificación siempre dificultosa...y que resulta un grave e innecesario ataque al honor”*. Y como esto es así, considera adecuada en concepto de indemnización...6.000.-€. Se pasa de una infundamentada reclamación de 60.000.-€, a la fijación infundamentada de una indemnización de 6.000.-€. Pienso, con todos los respetos, que si no se puede fundamentar la concreción de la indemnización establecida, por la ausencia de la fundamentación en la reclamación; al menos, se podía marcar la senda que permita la construcción intelectual del concepto “honor” atendiendo a la biografía individualizada del reclamante. Al fin y a la postre, hacer justicia es relativizar el Derecho.

La dignidad del ser humano es inherente a su propio ser, pero a partir de ahí se va creando la biografía de cada cual, tal que de un proceso de estratificación se tratase: reconocimiento social, familia, fama, prestigio profesional, méritos alcanzados... y una serie de valores susceptibles de ser identificados, tanto al momento de formular la demanda en el desarrollo de su aspecto reclamatorio, como de la adecuada respuesta que judicialmente deberá tener.



perlas cultivadas

por **Jose María Hernandez - Carrillo Fuentes.**

“Si algún supuesto judicial reciente ha sensibilizado especialmente la opinión pública y especializada en materia de responsabilidad civil, es el resuelto en la Sentencia nº 488/2016 de 21 de septiembre de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid, -“Caso Madrid Arena”-. En el cual, haciéndose eco de la sentencia nº 165/2016 de 12 de julio, de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, - “Caso Spanair”, y aun refiriéndose a hechos acaecidos en la noche entre el 31/10/2012 y el 1/11/2012, opta decididamente por aplicar la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

“En el presente supuesto se trata de unos hechos muy graves en los que pierden la vida cinco jóvenes, con edades entre los 17 y los 20 años de edad que salieron con sus amigos para ir a un evento musical que se celebraba en un pabellón municipal el que cabía lógicamente esperar que todo se desarrollaba de acuerdo con la legalidad y que por los profesionales que participaban en el mismo se iba a garantizar la integridad física de los asistentes, pese a lo cual dichas jóvenes perdieron la vida y muchos otros resultaron lesionados.

Sin embargo y ante la importancia de la cantidad solicitada por las acusaciones, hay que manifestar que partiendo de que nos encontramos en un supuesto muy trágico, como se alega por las defensas, evidentemente, no es el único de semejante entidad que se ha producido en la sociedad

española ni fuera de nuestro país, ya que son múltiples los casos en los que los perjudicados pierden la vida o resultan lesionados de forma imprevisible y sin ningún tipo de culpa por su parte, y en los que, por uno u otro motivo las circunstancias que envuelven el suceso resultan dramáticas, con independencia de la valoración que de lo sucedido realicen, de una manera absolutamente comprensible en cada caso las familias de las víctimas.”

“Partiendo de lo anterior la Sala considera, en primer lugar, que los mayores perjudicados por la muerte de las cinco jóvenes, en estas circunstancias son, sin duda los padres de las mismas, que han tenido que vivir cómo sus hijas, de entre 17 y 20 años van a un evento musical, y no vuelven porque pierden la vida en el mismo. Como consecuencia de ello, para los padres de cada una de las víctimas se fija la canti-



dad de 250.000 euros, que en el supuesto del padre de Katia Esteban percibe íntegramente él en exclusiva puesto que es viudo lo que conlleva que tiene que soportar en soledad el dolor por la muerte de su hija.”

“En cuanto a los hermanos de las fallecidas este Tribunal entiende que en un supuesto como el presente es evidente que los mismos resultan perjudicados por la muerte de su hermana en las circunstancias expresadas y que, en consecuencia, deben ser indemnizados por ello con independencia de que sean o no mayores de edad aunque esto se tenga en cuenta para la determinación de la cuantía.”

“En cuanto a los seis hermanos de B L del R en primer lugar el hecho de que sean seis en total no descarta que cada uno de ellos haya sufrido de forma individual por el fallecimiento de la misma y que, en consecuencia deban de ser indemnizados. Sin embargo y en relación con los cinco hermanos mayores de edad se considera que sus padres no tienen legitimación para reclamar en su nombre, aun-

que sí puede hacerlo el Ministerio Fiscal, lo que supone que la cuantía de la indemnización para ellos debe ajustarse, estrictamente, a lo interesado por el Ministerio Fiscal por aplicación del principio de rogación, por lo que procede indemnizar a cada uno de ellos en la cantidad de 31.634’69 euros.

Respecto a la hermana menor, N que tenía en ese momento tan sólo nueve años de edad, y convivía con la fallecida B quien murió siendo también menor de edad puesto que contaba con 17 años de edad, considerando que la relación entre ambas hermanas sería más estrecha y mayor el padecimiento de la pequeña por la pérdida de su hermana se estima ajustada la cantidad de 80.000 euros.”

“Además Carmen R, cuyo padecimiento por la situación vivida y por el fallecimiento de sus tres amigas se aprecia, todavía, en el acto del juicio oral, sufrió un absolutamente comprensible trastorno de ansiedad por estrés postraumático, para cuya curación precisó de tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico tardando en

curar de todas las dolencias 180 días de los cuales 90 fueron improductivos para sus ocupaciones habituales quedándole como secuelas gonalgia en rodilla sin limitación funcional y trastorno leve de ansiedad por estrés postraumático.

Por todo ello y, en consecuencia se considera que debe ser indemnizada en la cantidad que reclama de 19.000 euros la cual servirá para ser resarcida, en la medida de lo posible, no sólo por sus propias lesiones y secuelas sino, también, por el daño moral producido por el fallecimiento de sus tres amigas.”

Para hablar “en justicia” esta diligencia de ordenación de un día indeterminado del primer semestre de 2016 dictada por un juez de primera instancia, que podría corresponder a cualquier comunidad o region autónoma, y da idea cierta de como hoy la crisis- o “desaceleración2 - también nos afecta en este ambito.

“Póngase en conocimiento de la Consejería de Justicia que mantenido contacto con varios Peritos especialistas en valoración del daño corporal, por

ninguno de ellos se ha manifestado su intención de aceptar el cargo, dada la irrisoria cantidad que se ofrece como pago de los servicios requeridos para emitir informe pericial, líbrese nuevo oficio a la Consejería de Justicia, haciéndole saber que deberá necesariamente ser designado Perito Judicial del turno de oficio especialista en Valoración del Daños Corporal por ese Servicio de Asistencia de Jurídica Gratuita.”

dose producido los hechos en el ámbito de las relaciones “ad intra”, propias del régimen castrense específico del Instituto; no afectándose, en el caso, el desempeño de algún cometido policial, sino la disciplina; valor que, como afirma esta Sala, en su Sentencia de 30 de noviembre de 2011, es “esencial en la estructura de la organización militar del mismo, y a la que, junto a la jerarquía y la subordinación, el artículo 16 de la Ley Orgáni-

En otros supuestos, no siempre consta con la debida claridad la voluntad del agraviado contraria a la denuncia, pero en el caso presente se recoge clara y expresamente en la sentencia que, en su declaración en el plenario la víctima “insistió en que no quería denunciar” (sic). Por lo tanto, en ausencia de denuncia no es posible la condena por la falta de lesiones.

En julio de 2013, dos cabos primeros de la Guardia Civil de Tráfico, haciendo un servicio de patrulla nocturna sufrieron un accidente de tráfico “Éstos manifestaron que, de forma imprevista, un animal salvaje irrumpió en la calzada desde el lado izquierdo, por lo que tuvieron que realizar una maniobra evasiva de giro de volante a la derecha para esquivarlo, lo que provocó el choque contra el talud. Sin embargo, el Equipo Instructor del Atestado, tras la realización de la diligencia de inspección ocular practicada en el lugar de los hechos, la toma de manifestaciones de los cabos lo, el examen pericial realizado y los daños observados en el vehículo, huellas, vestigios y demás circunstancias que rodearon el accidente, consideran que éste no pudo producirse como aquellos manifestaron. Se deduce de todo lo expuesto, que los cabos lo provocaron el accidente de manera voluntaria con el objetivo, conseguido, de causar baja para el servicio sin que por tal circunstancia resultasen afectados sus haberes mensuales.” Por la defensa de uno de los acusados se planteó declinatoria de jurisdicción para que fuese enjuiciado bajo el CP común, no el militar. Resuelve la sentencia de 28 de mayo de 2015 de la Sala 5ª, de lo Militar, del Tribunal Supremo:

“En definitiva, al hilo de nuestra jurisprudencia y de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de este Tribunal Supremo no son necesarios adicionales esfuerzos argumentativos para sostener que la actuación de los hoy recurrentes, no acontecida durante la realización, por ellos, de un acto propio del servicio “policial” que “en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, y garantizar la seguridad ciudadana”, atribuye la normativa reguladora al Instituto Armado de su pertenencia, no formaba parte del desempeño de las funciones, que hemos dado en llamar “policiales”, a que se contrae la cláusula de exclusión aplicativa del Código Penal Militar. Habién-

ca 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, sujeta la actuación profesional de estos”.

Por todo ello, el motivo se estima parcialmente, dejando sin efecto la condena por la falta de lesiones, lo que aprovechará al acusado no recurrente.”

Aun cuando se halle casi “en los títulos de crédito” de la sentencia nº 727/2016, de 30 de septiembre, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo es importante puntualizar- pues aun seguimos discutiendo esta cuestión en los Tribunales, a propósito de la desaparición del libro III del Código Penal- como lo hace esta sentencia, que:

“Generalmente debe entenderse que si la víctima compareció voluntariamente ante las autoridades relatando los hechos, ha existido la denuncia necesaria.

Resolviendo respecto de un delito de incendio, y otro de estragos, trata la sentencia nº 695/2016, de 28 de Julio, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la interesante cuestión de la Legitimación que puede tener una comunidad

de propietarios para ejercitar una reclamación de indemnización por daños morales. Se estimó el recurso, reservó acciones civiles a quienes se entendieron moralmente perjudicados pues algunos de los que la sentencia reconoció indemnización manifestaron no reclamar, otros nada indicaron, o en que montante, los más no expresaron cuantía y muchos, ni comparecieron al acto del juicio:

¿Es recurrible en casación, en la jurisdicción penal, una resolución que, diferida a la fase de ejecución la fijación de la responsabilidad civil declarada existente, ponga término al incidente de ejecución? Se manifiesta positivamente, la Sentencia nº 597/2016, de 6 de Julio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo:

“Aún cuando las Comunidades de Propietarios a las que hace referencia la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (LPH), carecen de personalidad jurídica propia, la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo no sólo íes reconoce una capacidad procesal (art. 6.1.5º de la LEC, en relación con el artículo 13.3 LPH), sino una legitimación ad causam (para el pleito), asentada en el artículo 10 de la LEC que establece que “ Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso “. En todo caso, la Jurisprudencia civil define que una legitimación de esta naturaleza consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito, que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal, en tanto que supone una coherencia entre la cualidad atribuida y las pretensiones jurídicas postuladas (SS Sala Primera del TS, de 11 de noviembre de 2011 o 756/14, de 7 enero, entre otras). Lo

expuesto exige atender al contenido de la relación jurídica concreta (STS, Sala Primera, de 7 de noviembre de 2005), debiendo observarse que, si bien la legitimación de la comunidad de propietarios puede apreciarse respecto de aquellas cuestiones que hacen referencia a la gestión de la cosa común (art. 398 del CC y 14 de la LPH), en modo alguno resulta predicable para la reclamación

de unos daños morales que, por hacer referencia al sufrimiento, al dolor o a la aflicción de determinados sujetos, son derechos de naturaleza personalísima y no están sometidos en su ejercicio al régimen jurídico de constitución de una junta de propietarios, como no pueden pasar tampoco por el régimen legal de adopción de sus acuerdos.”

“En la sentencia 15/2013,18 de abril, que puso término al procedimiento abreviado 75/2011, la Audiencia acordó que, ya en ejecución de sentencia se fijaría el importe total de la responsabilidad civil teniendo en cuenta los plazos de vencimientos de las cambiales, el tipo medio de interés de descuento en el mercado en la fecha correspondiente y las comisiones aplicables. Tomando como referencia esas bases de determinación, el Tribunal a quo anunció que”... a la vista de tales coordenadas, y a través de simples operaciones aritméticas, se determinará el valor exacto de la responsabilidad civil”.

Las dificultades puestas de manifiesto por el perito designado por la Audiencia para verificar esas operaciones matemáticas no pueden propiciar un desenlace interpretativo en contra del obligado al pago, de suerte que las restricciones al importe nominal de las cambiales -tipo de descuento y comisiones-desaparezcan y sean obviadas en el proceso de cuantificación. Sobre todo, cuando esos obstáculos tienen mucho que ver con la imposibilidad de las entidades bancarias beneficiadas a la hora de proporcionar los elementos precisos para la determinación de aquellos conceptos.

C) Se impone, por tanto, anular la resolución recurrida con el fin de que por el órgano de instancia se arbitre un procedimiento de ejecución que, con inspiración en lo previsto en el art. 794.1 de la LECrim y con la referencia supletoria que proporcionan los arts. 712 a 716 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, determine la cantidad adeudada por el recurrente a las entidades bancarias BBVA y Caixa Galicia sin que en ningún caso la falta de acreditación de los importes ya cobrados por esas entidades en concepto de comisiones y tipo de descuento, pueda proyectar sus efectos perjudiciales sobre el condenado al pago. De ahí que la resolución que ponga término al incidente nunca podrá implicar un enriquecimiento injusto para los beneficiados por el pago.

Cuando la alegada imposibilidad pericial para la fijación de los importes adeudados se resuelve contrariando las bases fijadas en la parte dispositiva de la sentencia que resolvió el ejercicio de la acción civil, se está vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de intangibilidad de las resolucio-

nes firmes. En su virtud, sea cual fuere la solución por la que finalmente opte la Audiencia -único órgano competente para su determinación-, la fórmula elegida no podrá conllevar la inclusión de conceptos indemnizatorios que han sido expresamente excluidos en las bases de determinación fijadas por sentencia firme.”

metro de Cetursa instalado en Sierra Nevada, el más cercano al lugar de los hechos, y del día 22-11-2014 en sus últimas horas y primeras del día 23, evidencia que se produjeron en el lugar vientos superiores a 120 Km/hora. Del examen dedicho documento y explicación dada por el perito, se constata que corresponde al día 22

sobre la 1hora de dicho día 23 (después de cenar declaró la Sra. S). Todo ello entendemos que evidencia el error en que incurre la Juzgadora “a quo” al referirse al mismo como de los días 21 y 22. Cuanto acabamos de referir junto con cuanto expresó el perito en relación a su conocimiento de la ocurrencia de otros siniestros en Sierra Nevada esa noche, el resto del contenido del informe pericial y las aclaraciones efectuadas por el Sr. Calero en el acto del juicio, que evidencia la fuerza del viento entonces, confirmado con la Nota Informativa del Consorcio de Compensación de Seguros revisando por nuevos datos la anterior, incluyendo la existencia de una TCA el 22-11-2014 en el entorno de Sierra Nevada afectando entre otros al municipio de Monachil y el mismo hecho producido, todo ello en su conjunto posibilita tener razonablemente acreditado la

Hay abogados que, no sin razón práctica, sostienen que el motivo civil basado en la errónea valoración de la prueba es, sino inexistente, si raro en su apreciación por los tribunales, muestra de que no obstante puede prosperar, la hallamos en la sentencia nº 66/2016, de 11 de Marzo de 2016, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincia de Granada:

“CUARTO.- En el supuesto de autos aparece un informe pericial ratificado y aclarado en el acto de juicio que con sustento en datos de anemó-

pero que alcanza hasta las 7 horas 23 minutos, cincuenta y cuatro segundos del 23, y en la propia demanda aparece que el siniestro se produjo



existencia de vientos en el lugar superiores a 120 Km/h con fuerza tal que determinaron el arrancamiento de la cubierta del edificio asegurado por la apelante y los daños.

A ello no obsta la medición de los anemómetros de la AEMET sitios en el aeropuerto de Granada, Puerto de Motril, Salobreña y Castell de Ferro, aportado con la demanda, lugares todos ellos muy alejados del lugar del siniestro que tiene unas especiales características respecto del azote del viento por la altitud.

En consecuencia, consideramos que queda de manifiesto el error denunciado y la vulneración por la sentencia de los preceptos a que se refiere la parte apelante, debiendo concluirse de la valoración en su conjunto de las pruebas practicadas la acreditación de la existencia en el momento y lugar de los hechos, de vientos superiores a 120 Km/hora, que determinaron por sí solo el arrancamiento del tejado del edificio de la Comunidad de Propietarios demandada asegurado por Seguros Helvetia SA, parte del que al desprenderse causó los daños aquí reclamados.”

“En este caso debemos concluir acreditada concurrencia de fuerza mayor por cuanto antecede, encontrándonos ante una situación extraordinaria prevista en los artículos 1-1-a y 2-1-e-4º del Reglamento de Seguros Extraordinarios, RD 300/2004 de 20 de febrero, que pone de manifiesto encontrarnos ante un riesgo extraordinario a efecto del contrato de seguro que correspondería en su caso ser asumido por el Consorcio de Compensación de Seguros, art. 6 del RD Legislativo 7/2004 de 29 de octubre.”

“En este sentido, sin olvidar que la cuantía del litigio a los efectos que interesan -base de cálculo en la tasación- fue concretada en el propio auto de inadmisión en una suma muy superior al límite legal para recurrir por el cauce del ordinal 2º del

en trámite, lo que no cabe entender cuando se trata del incidente de tasación de costas y de su impugnación, «en el que, además, la concursada resulta acreedora, por lo que ningún efecto negativo podría generar para los fines del concurso el

La cuestión siempre controvertida de las costas puede extremar su dificultad cuando se complica con un concurso; al respecto, destaca la sentencia de 20 de marzo de 2016, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

art. 477.2 LEC , debe afirmarse (a) que, contrariamente a lo que se alega, el decreto impugnado se compadece con la verdadera naturaleza de las costas y con su finalidad, que, como también se ha dicho, consiste tan solo en determinar la carga que debe soportar el condenado en costas respecto de los honorarios del letrado minutante, y por tanto, más allá de los pactos o acuerdos entre abogado minutante y su cliente en el marco de la relación de arrendamiento de servicios (FD Primero, primer párrafo); (b) que no tienen razón de ser las alegaciones en torno a la repercusión de su situación concursal en la legitimación activa de Inmob (con independencia de la calificación que merezca el crédito por costas en dicho concurso), pues la tasación de costas se instó por la entidad recurrida, que estaba legitimada para hacerlo por su condición de parte procesal en este procedimiento y vencedora en costas (art. 242.2 LEC), y porque, como ha declarado esta Sala, por ejemplo, en ATS de 29 de abril de 2015, rec. nº 1098/2012 , en el concurso voluntario el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio siendo sustituido por la administración concursal en procesos

hecho de que obtenga las correspondientes cantidades para satisfacer los honorarios de su defensa y representación en la tramitación del presente recurso de casación», ni tienen razón de ser las alegaciones relativas a la falta de legitimación activa del letrado minutante (pues independientemente de la existencia o no de un pacto de cesión a favor del abogado, que atribuya a este finalmente la titularidad del crédito que aquí se reclama, no ha sido dicho letrado sino la referida mercantil la que, en su condición de parte vencedora en costas, ha interesado su tasación); (c) que, relacionado con esto último, puesto que quien reclama es la parte acreedora, no su letrado, carecen también de sentido los argumentos relacionados con la prescripción extintiva del derecho del letrado por aplicación del art. 1967 CC , ya que no cabe confundir el crédito por costas que ostenta la parte vencedora sobre la vencida -que, en este caso, nace con la condena en costas contenida en el auto de inadmisión del recurso de casación- con el crédito del profesional frente a su cliente para reclamar los honorarios libremente pactados; (d) que contrariamente también a lo que se aduce, de lo dicho hasta aquí resulta de forma notoria

Ilustradora e ineludible, sobre la indemnización por daños morales - en los delitos de prostitución de menores y abusos sexuales - la sentencia nº 733/2016, de Cinco de octubre, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, frente a la alegación de que muchas indemnizaciones se han acordado sin que exista informe pericial:

que el decreto contiene una motivación adecuada y suficiente sobre las cuestiones suscitadas en el incidente, que han sido resueltas con arreglo a los criterios consolidados de esta Sala que rigen la materia antes expuestos -en este caso el recurso al que la recurrida tuvo que hacer frente mediante sus alegaciones tenía una gran extensión (doce motivos) y complejidad (por el conjunto de cuestiones suscitadas, de carácter sustantivo y procesal)-, sin que quepa confundir falta de motivación con una motivación que la parte no comparta; y (e) que esta Sala viene declarando que a la recurrente no le está permitido desvirtuar razonamientos de este tipo apoyándose en su mera disconformidad con la cuantía -por no haber sido el valor económico del pleito el único criterio determinante de la decisión impugnada-, ni en su disconformidad con el dictamen del colegio de abogados -pues, además de tener un valor orientador, no vinculante ni determinante del fallo, en este caso su cuestionamiento se apoya en normas o criterios sobre honorarios de un colegio profesional distinto, y en circunstancias de hecho no acreditadas sobre una supuesta actuación delictiva de los que elaboraron los dictámenes colegiales en los incidentes de impugnación de las tasaciones practicadas en otras instancias.-" Se ignora con ello la naturaleza del daño moral que no precisa ese tipo de informes. Es máxima de experiencia que hechos como los descritos lo producen hasta el punto que el

propio Código Penal contempla expresamente la indemnización en estos tipos penales (art. 193 CP) como regla general. En los delitos sexuales se puede hablar de una presunción implícita de daños morales que no necesita ulteriores explicaciones.

La indemnización por daños morales viene impuesta no solo por el genérico art. 113 CP, sino también de forma específica para estas infracciones por el art. 193 CP (STS 327/2013, de 4 de abril).

Más espinoso es el tema de su cuantificación. No puede hacerse con arreglo a criterios reglados o aritméticos incompatibles con la naturaleza de ese daño "no patrimonial" por definición; frente al que solo cabe una "compensación" económica. Estaremos siempre ante un ejercicio de prudente arbitrio: es una actividad valorativa aunque sea en equidad más que en derecho. Mientras que la finalidad de la reparación del daño patrimonial es la reparación íntegra, el daño moral no es reparable. La indemnización tendrá como función el alivio o la mera compensación de lo que son parámetros borrosos y nada precisos. La motivación no puede ser exigible en iguales términos, aunque tampoco puede ser del tipo "alguna-cantidad-habr-á-que-poner" como se ha dicho por algún tratadista de forma gráfica. Ante la imposibilidad de encontrar estándares de referencia claros, hay que acudir a valoraciones relativas (vid. SSTC 42/2006 o 20/2003, de 10

de febrero). Pas de motivation sans texte se dice en el país vecino cuando las normas remiten al prudente arbitrio a la discrecionalidad o a la equidad. No puede afirmarse lo mismo en nuestro ordenamiento (así se desprende de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que acaban de citarse). Pero en caso de indemnización por daño moral una valoración genérica puede ser suficiente. Ese estándar mínimo que no puede estirarse más, salvo con el uso de la retórica o de fórmulas huecas pues no van a conducir a cifras exactas, está colmado por la sentencia (STS 684/2013, de 16 de julio) que dedica su fundamento jurídico séptimo, tan elaborado como el resto de la sentencia, a esta cuestión.

La traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del Tribunal y resulta inatacable en casación, donde solo se podrían debatir las bases pero no el monto concreto, que no solo no está sujeto a reglas aritméticas; sino que resulta de exactitud imposible cuando hablamos de daños morales (STS 957/2007, de 28 de noviembre). Cuando la cuantificación se ajusta a parámetros habituales que, sin ser exactos, se mueven a través de pautas comúnmente compartidas y reconocibles, no será preciso un razonamiento, imposible, que justifique por qué se dan "x" euros y no una cantidad ligeramente superior, o ligeramente inferior.

No pueden exigirse en esta materia ecuaciones exactas. Es notorio que mantener contactos sexuales de esa forma con adolescentes ocasiona un negativo impacto psíquico. Verter razonamientos esforzándose en justificar los perjuicios morales y su alcance sería tanto como minusvalorar la sensibilidad del lector de la sentencia. Resulta innecesario detenerse a considerar

La Sentencia nº 941/2016, de 28 de Abril de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, decisoria del recurso formulado por la Caja de Seguro Social de Panamá (“Seguridad Social de Panamá”) por responsabilidad patrimonial frente al Ministerio de Sanidad y el Departamento de Salud de la Generalitat de Catalunya, reclamando los gastos derivados de la intoxicación masiva del Síndrome Renal Agudo, por contaminación de glicerina de uso farmacológico procedente de España por presencia de dietilenglicol (pensiones pagadas a víctimas), provisionalmente valoradas en 23.505.846 \$, muestra como la correcta configuración del proceso- algo que muchos desdeñan analizar- es trascendental:

por qué ese tipo de hechos ocasionan perjuicios morales en una persona y por qué es ineludible cuantificarlos en una cifra que sea algo más que un símbolo. La STS 1534/1998 de 11 de diciembre, ante una alegación similar, expresa lo que, por otra parte, es obvio: “El recurrente no ha tenido en cuenta que la motivación del daño moral producido no careció de fundamento, pues se han fijado los hechos que han producido el daño. La cuantificación del mismo en dinero es, en principio, imposible de realizar, en la medida en la que el daño moral no genera gastos precisos”. (STS nº 1033/2013, de 26 de diciembre).”

“Los hechos de que trae causa el asunto son como sigue. En el verano de 2003, la empresa española Resfer Internacional S.A. exportó a Panamá 9.000 litros de excipiente fabricado en China, cuya finalidad debía ser la elaboración de jarabe contra la tos. Dicha sustancia, sin embargo, era glicerina no apta para el consumo humano. El jarabe elaborado en Panamá con ese excipiente fue consumido en 2006 por pacientes en dicho país, a raíz de lo que muchos de ellos sufrieron insuficiencia renal y fallecieron.

La recurrente formuló las arriba mencionadas reclamaciones de responsabilidad patrimonial, por entender que la exportación a Panamá de una sustancia no idónea para la elaboración de jarabe contra las tos se había producido como consecuencia

de la ausencia de una regulación adecuada en España, tendente a impedir que tales sustancias puedan ser comercializadas para la elaboración de fármacos destinados al consumo humano. La pretensión indemnizatoria es, así, de responsabilidad patrimonial del Estado legislador y, más concretamente, por omisión de la debida regulación legal y reglamentaria.”

“TERCERO.- Examinadas las actuaciones, es indiscutible la objeción de falta de capacidad procesal y de legitimación activa formulada por el Abogado del Estado. No existe ningún dato que permita saber de manera indubitada cuál es la naturaleza y función de la entidad recurrente en el ordenamiento jurídico panameño, ni cuál era exactamente la relación que mantenía con las personas afectadas por el consumo del referido jarabe contra la tos. Debe señalarse que, frente a la alegación del Abogado del Estado en este sentido, nada contrapone la recurrente en su escrito de conclusiones. Y es insuficiente, desde luego, insinuar que el cometido de la Caja del Seguro Social de Panamá constituye un hecho notorio: en el ordenamiento jurídico español, el derecho extranjero debe ser objeto de prueba, tal como expresamente establece el art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Es obvio que ello incluye todas aquellas cuestiones que necesiten de calificación jurídica con arreglo a las normas jurídicas de otro país, como es la relativa a la naturaleza y función de la Caja del Seguro

Social de Panamá. Así, dado que este crucial extremo no ha sido acreditado, no consta que la recurrente reúna las condiciones legalmente exigidas por el art. 18 LJCA para ostentar capacidad procesal ante los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo.

Algo similar cabe decir de la falta de acreditación de las facultades para otorgar el poder de representación a favor de Procurador de los Tribunales español y de aportación del preceptivo acuerdo corporativo para la interposición del recurso contencioso-administrativo.”

“CUARTO.- Sentado lo anterior, es conveniente añadir que existe una resolución judicial firme, dictada en las actuaciones penales arriba mencionadas, cuya relevancia subraya el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda. Se trata del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2011 , a cuyas conclusiones de hecho debe ahora estarse. Pues bien, en esa resolución judicial se afirma que la causa del envenenamiento masivo fue la manipulación en Panamá del etiquetado y de la denominación del producto; algo que es completamente ajeno a la actuación de las autoridades españolas. En los escritos de demanda y de conclusiones de la recurrente nada se dice sobre este extremo, de crucial importancia para la fundamentación de su pretensión indemnizatoria.”

entrevista.a...



FERNÁNDO PANTALEÓN NIETO

por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

Aprovechando que intervendrá en nuestro próximo Congreso Nacional de la Asociación que se celebrará en la ciudad de Málaga, hemos decidido que el protagonista de nuestra entrevista sea en esta ocasión don Fernando Pantaleón Prieto, jurista de reconocido prestigio, Catedrático de Derecho Civil, Abogado y Magistrado también de nuestro Tribunal Supremo hasta hace escasamente un mes, autor de numerosos manuales y artículos doctrinales sobre la materia que nos ocupa y ponente asiduo en diferentes congresos especializados, por lo que sin duda sus opiniones nos son de nuestro máximo interés.

Sabemos que intervendrá en el próximo Congreso Nacional de la Asociación a celebrar en la ciudad de Málaga y quisiéramos preguntarse sobre la opinión que le merece nuestra Asociación en la actividad que actualmente desarrolla.

FP: Es, sin duda alguna, la asociación de referencia en España en la materia que constituye su objeto, por la excelente calidad y la gran amplitud y resonancia social de sus actividades.

En cuanto a la última Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad civil, tema sobre el que versará su ponencia en el próximo Congreso ¿qué ámbitos cree que han sido los protagonistas en el último año?

Responsabilidad civil de los profesionales, en especial de los profesionales de la medicina; valoración de los daños a las personas; responsabilidad por productos y servicios defectuosos; y responsabilidad en accidentes de tráfico por atropello de especies cinegéticas.

¿Cree que nuestra Jurisprudencia en materia de responsabilidad civil se va acercando a la existente en nuestro países vecinos?, ¿tenemos hacia una Jurisprudencia más uniforme con la existente en Europa?

En mi opinión, hace ya años que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad civil extracontractual es homologable a las mejores de otros ordenamientos jurídicos semejantes al nuestro.

¿Qué aspectos destacaría de su paso por la Sala Primera del Tribunal Supremo?

Colaborar en la esencial tarea de fijar y unificar la jurisprudencia civil y mercantil con los

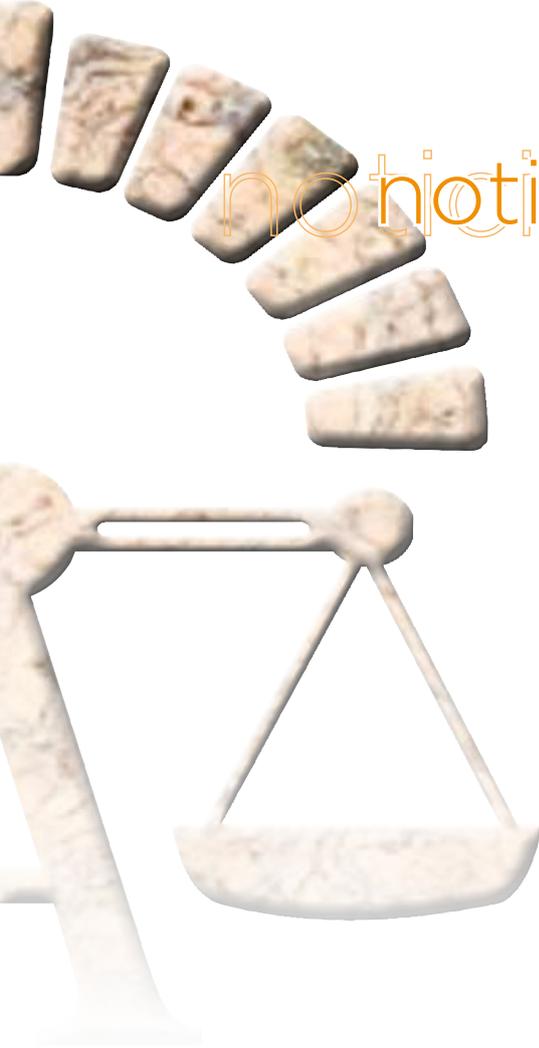
mejores Magistrados españoles en esas materias ha sido un honor muy alto y una fuente constante de las mejores enseñanzas que un profesor de Derecho y un abogado pueda recibir. Y no sólo de enseñanzas puramente jurídicas. Se aprenden cosas incluso más importantes de los servidores públicos ejemplares: esas, que los hacen imprescindibles.

Por último, dada su privilegiada experiencia tanto como abogado como Magistrado del Tribunal Supremo ¿cree que compartimos más similitudes que diferencias en el ejercicio de cada una de dichas profesiones?

Se trata de actividades profundamente diferentes, aunque sin duda con un fin común: servir a la realización del imperio de la ley y a la tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos. El Tribunal Supremo ha de estar y ciertamente está muy atento a las necesidades que refleja y a las enseñanzas que recibe de la práctica de la abogacía. Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha de ser y es la mejor guía con la que los abogados cuentan en el ejercicio de su profesión.



noticias y actividades



ACTIVIDADES DE INTERÉS



Acto de inauguración a cargo del Presidente del Gobierno Mariano Rajoy

Acaba de celebrarse -una vez cerrada la edición de este número correspondiente al tercer trimestre- este magnífico 12º Congreso Jurídico de la Abogacía Malagueña, organizado por el Colegio de Abogados de Málaga, con la colaboración del Consejo General de la Abogacía. Tuvo lugar en el Palacio de Congresos y Exposiciones de la Costa del Sol en Torremolinos.

La duodécima edición del Congreso Jurídico de la Abogacía **ICAMÁLAGA** se ha celebrado durante los días 6 y 7 de octubre.

Este encuentro, el de mayor trascendencia en España en este sector, se ha consolidado en estos años como un auténtico referente en el ámbito científico-jurídico, hasta el punto de que su éxito ha traspasado las fronteras nacionales y cada vez son más los congresistas que congrega desde diferentes puntos de Europa.

El Congreso ha contemplado 27 secciones formativas que dan contenido especializado a 70 ponencias, mesas redondas y mesas de trabajo. Como novedades, han estrenado las secciones de Derecho y Bienestar Animal y la de Nuevas Tecnologías, poniendo sobre la mesa cuestiones como la crisis de los refugiados y otros temas candentes relacionados con Violencia de Género, Menores, Derecho Laboral, Bancario, Familia, Penal, Urbanismo, y un largo etcétera.

Las novedades referentes a las cláusulas bancarias abusivas, la refinanciación en el concurso de acreedores tras las últimas modificaciones legislativas, el 'fair play' financiero de la UEFA o el 'derecho al olvido' en internet en el ámbito de la Unión Europea son algunos de los asuntos que se han tratado en estos dos intensos días de formación, que han sido enmarcados en los actos patronales que cada mes de octubre se organizan en torno a la festividad de Santa Teresa de Jesús.

La Sección dedicada a **Responsabilidad Civil**, cuyo coordinador es **D. Juan Carlos Céspedes Villalba** y cuyas ponencias se han celebrado los días 6 y 7 DE OCTUBRE DE 2016, contó con el siguiente programa:

6 de Octubre

11:00 a 12:00 Ponencia:

La prueba en el Nuevo Baremo. El Informe médico del artículo 37 de la Ley 35/2015. El informe concluyente.

Ponente: D. Jose Antonio Badillo Arias. Delegado Territorial del Consorcio de Compensación de Seguros en Madrid. Doctor en Derecho. Profesor Universidad Rey Juan Carlos. Director de la Revista de Responsabilidad Civil INESE.

7 de Octubre

9:00 a 10:00. Ponencia:

La pérdida de calidad de vida en la Ley 35/2015. Criterios de valoración.

Ponente: D. Juan Antonio Cobo Plana. Médico Forense del Instituto de Medicina Legal de Zaragoza

13:00 a 14:00 Ponencia:

Irretroactividad del Nuevo Baremo. Normas de derecho transitorio. Aplicación extensiva fuera del ámbito de los accidentes de circulación

Ponente: D. Javier López y García de la Serrana. Abogado. Secretario General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada

14:00 a 14:30 Clausura e imposición de la Medalla de Honor del Colegio al Excmo. Sr. D. Carlos Carnicer Díez, expresidente del CGAE y presidente de Honor de la Fundación Abogacía Española.



12º CONGRESO JURÍDICO DE LA ABOGACÍA ICAMALAGA

6 Y 7 DE OCTUBRE DE 2016
PALACIO DE CONGRESOS Y EXPOSICIONES
DE LA COSTA DEL SOL / TORREMOLINOS



ILUSTRE COLEGIO DE
ABOGADOS DE MÁLAGA



→ OTROS CURSOS Y JORNADAS

III JORNADAS NACIONALES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL 27 - 28 OCTUBRE OVIEDO

Lugar de celebración: Sala Cámara del Auditorio Príncipe Felipe de Oviedo

Directores de las Jornadas: María Paz Fernández- Rivera y Pedro Paulino Sánchez

JUEVES 27 DE OCTUBRE

17:00.- Conferencia

"Análisis jurisprudencial del sistema de responsabilidad por productos defectuosos" **DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO**, Magistrado, Presidente de la sección 7ª de la Audiencia Provincial de Oviedo.

18:00.- Conferencia

"Responsabilidad civil en internet: difamación en la red y derecho al olvido"

DON JOSÉ JUAN MARÍN LÓPEZ, Abogado, ex -Magistrado, Catedrático de Derecho Civil.

VIERNES 28 DE OCTUBRE

9:30.- Conferencia

"El seguro defensa jurídica frente a la defensa jurídica de la responsabilidad civil: la libre designación de abogado, límites lesivos y arbitraje" **DON JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, Abogado y Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Mercantil de la UGR, Secretario General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.

10:30.- Conferencia

"El riesgo de no acreditamiento en los procesos de responsabilidad civil: exigencias probatorias" **DON JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**, Magistrado, Presidente de la Audiencia Provincial de A Coruña.

11:30.- PAUSA CAFÉ

12:30.- Conferencia

"Análisis jurisprudencial de la responsabilidad civil médica"

DON JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA, Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.



**ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO**

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

Málaga nov. 10, 11 y 12 de 2016

Ciudad Genial! Hotel NH Málaga

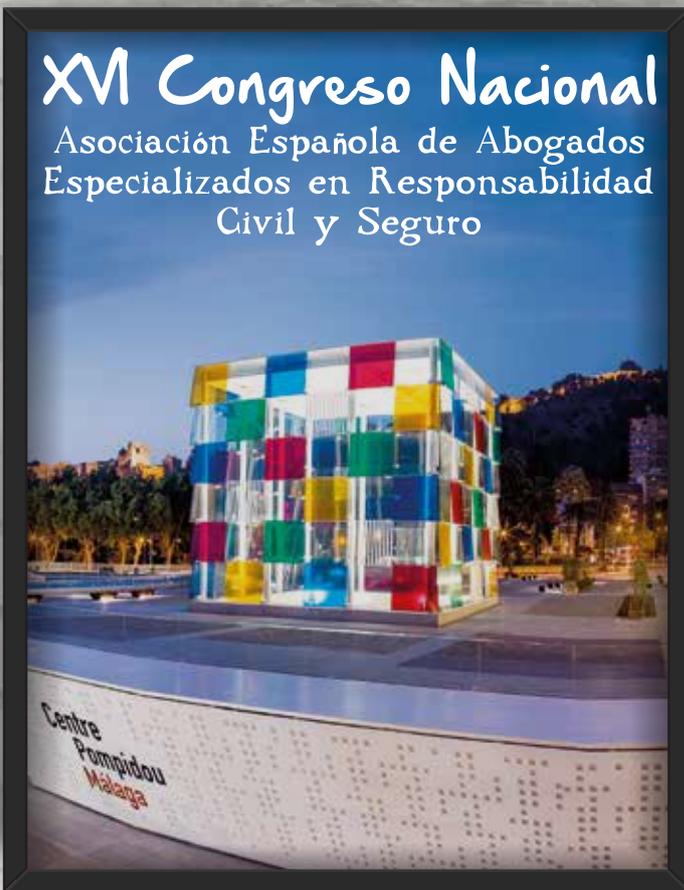
nov.10.16.jueves

- 13:00h** Asamblea General de la Asociación
Lugar de celebración: Iltr. Colegio de Abogados de Málaga
Paseo de la Farola, 13, Málaga
- 16:00h** Entrega de acreditaciones
- 16:30h** Inauguración
D. Francisco Javier Lara Peláez
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga
- 16:30h** Primera ponencia: "La Responsabilidad Civil en la propiedad horizontal"
Dª. María Eugenia Lara Gómez
Abogada

- 18:00h** Segunda ponencia: "El daño moral en la Responsabilidad Civil por servicio o producto defectuoso"
D. Miguel Pasquau Liaño
Magistrado de la Sala Civil y Penal del TSJ de Andalucía
- 19:00h** Tercera ponencia: "La reparación del daño continuado: valoración, prescripción y otras cuestiones"
D. Eugenio Llamas Pombo
Catedrático de Derecho Civil de la Univ. de Salamanca
- 20:30h** Recogida en Hotel NH (Sede del Congreso) por los autobuses
- 21:00h** Cóctel de Bienvenida
Lugar: Museo Automovilístico de Málaga
Avda. de Sor Teresa Prat, 15. 29003 Málaga

nov.11.16.viernes

- 09:30h** Cuarta ponencia: "Indemnizaciones de perjuicios patrimoniales en el nuevo Baremo: valoración actuarial, tablas y excepciones a las mismas"
D. Rafael Moreno Ruiz
Profesor titular de la Universidad de Málaga y Vicepresidente del Instituto de Actuarios Españoles
- 10:30h** Pausa Café
- 11:00h** Quinta ponencia: "El perjuicio por pérdida de calidad de vida en secuelas y lesiones temporales"
D. Juan José Marín López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
- 12:00h** Sexta ponencia: "Implicaciones del orden laboral en nuevo Baremo de tráfico"
D. Mariano Medina Crespo
Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro
- 13:00h** Mesa redonda: "Cuestiones procesales del nuevo Baremo"
D. José Luis López Fuentes
Presidente de la Audiencia Provincial de Granada
D. Hipólito Hernández Barea
Presidente de la Sección 5ª de la AP de Málaga
D. Manuel Caballero-Bonald Campuzano
Magistrado de la Sección 8ª de la AP de Málaga
- 14:00h** Almuerzo-Cóctel de trabajo
- 16:30h** Séptima ponencia: "Condiciones generales en el contrato de Seguro: Cláusulas lesivas por desnaturalización del objeto"
D. Pedro José Vela Torres
Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo
- 17:30h** Octava ponencia: "Cambios sustanciales durante la última década en la doctrina jurisprudencial de Responsabilidad Civil"
D. José Antonio Seijas Quintana
Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo
- 18:30h** Novena ponencia: "Los casos de Responsabilidad Civil más llamativos en la jurisprudencia de la Sala 1ª del presente año"
D. Fernando Pantaleón Prieto
Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo
- 19:30h** Clausura del Congreso
- 21:00h** Recogida en Hoteles por los Autobuses para traslado a la Cena de Gala
- 21:30h** Cena de Gala con Barra libre y actuación de Grupo Planeta 80
Lugar: Señorío de Lepanto
Carretera Colmenar, Km. 553. Málaga



www.asociacionabogadosrcs.org

Información y reservas
902 361 350

nov.12.16.sábado

- 11:30h** Excursión Centro Histórico de Málaga
- 13:30h** Almuerzo tradicional malagueño en Paseo Marítimo Pablo Ruiz Picasso
- 17:00h** Visita Muelle Uno



ORGANIZAN:



Colegio de Abogados de Málaga



PATROCINA:



Ayuntamiento de Málaga



málaga.es diputación

COLABORAN:

